

Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidssøkers personvern

- I forbindelse med ansettelse og rekruttering av arbeidstakere

Kandidatnummer: 677

Leveringsfrist: 25.11.12

Antall ord: 17.122



Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON	1
1.1	Oppgavens tema og avgrensninger	1
1.2	Rettslig status	2
1.3	Den videre fremstillingen	4
2	STYRINGSRETT OG PERSONVERN	5
2.1	Arbeidsgivers styringsrett	5
2.2	Personvern	9
2.2.1	Generelt	9
2.2.2	Personopplysningsloven	10
2.2.3	Det ulovfestede personvernet	17
3	INNHEMTING AV OPPLYSNINGER.....	19
3.1	Generelt.....	19
3.2	Offentlig vs. privat sektor	23
3.2.1	Offentlig sektor.....	23
3.2.2	Privat sektor – et generelt saklighetskrav?	24
3.3	Søknad, CV, og vitnemål.....	33
3.4	Helsemessige forhold.....	35
3.4.1	Innhenting av helseopplysninger – arbeidsmiljøloven § 9-3.....	35
3.4.2	Medisinske undersøkelser – arbeidsmiljøloven § 9-4	37
3.4.3	Kort om rusmiddeltesting	38
3.4.4	Bevisbyrde og rettsvirkninger	38
3.5	Vern mot diskriminering.....	40
3.5.1	Arbeidsmiljøloven kapittel 13	40
3.5.2	Likestillingsloven	45
3.5.3	Diskrimineringsloven	48

3.6	Straffbare forhold.....	52
3.7	Økonomiske forhold	57
3.8	Nedsatt funksjonsevne	59
3.9	Psykologiske tester	60
4	REKRUTTERINGSBYRÅER	64
5	SAMMENFATNING.....	69
6	RETTSPOLITISK VURDERING	70
7	KILDEREGISTER.....	72

1 Introduksjon

1.1 Oppgavens tema og avgrensninger

De ulike aspektene ved å være arbeidstaker er grundig behandlet både i juridisk teori og rettspraksis. Arbeidsavtalen og lovgivningen regulerer til sammen de fleste sider ved et arbeidsforhold, også hva arbeidsgiver kan foreta seg overfor sine arbeidstakere.

Situasjonen er en annen for arbeidssøkere. Arbeidssøkere har ikke signert noen arbeidsavtale, og det meste av lovgivningen er kun rettet mot arbeidstakere. Teori og rettspraksis på området er knapp. Dette til tross for at en ansettelsesprosess berører viktige personvernspørsmål. En arbeidsgiver ønsker å kartlegge en potensiell arbeidstaker så godt som mulig for å finne ut om vedkommende er rette person for stillingen. I en slik situasjon oppstår det spenningspunkter mellom arbeidssøkers personvern og arbeidsgivers behov for opplysninger om vedkommende.

Denne avhandlingen skal se nærmere på stadiet før arbeidskontrakt inngås. Dette omfatter forholdet mellom arbeidssøkers personvern og arbeidsgivers styringsrett i rekrutteringsprosessen. Formålet er å fastslå omfanget av arbeidsgivers frihet i rekrutteringsprosessen, og i hvor stor grad denne begrenses av hensynet til arbeidssøkers personvern.

Avhandlingen avgrenses mot en generell behandling av reglene om diskrimineringsvern i arbeidslivet. Videre avgrenses det mot en generell behandling av kontrolltiltak.¹

¹ Se arbeidsmiljøloven kap. 9.

1.2 Rettslig status

Arbeidsretten preges av et sammensatt rettskildebilde, med alt fra lover, forskrifter, tariffavtaler og rettspraksis og sedvane, til internasjonale regelverk.² Individuelle arbeidskontrakter er ikke en relevant rettskilde i denne oppgaven, da fokuset er på tiden før arbeidskontrakt inngås.

Personvernretten har også flere rettskildebene å stå på, i form av lover, forskrifter, rettspraksis, og internasjonale rettskilder.³ I 2012 foreslo EU-kommisjonen en reform av Personverndirektivet (direktiv 95/46/EF), som skal tilpasse reglene til en ny teknologisk virkelighet.⁴ Forslaget innebærer blant annet at samtykke ikke kan være hjemmel for å behandle personopplysninger når det er tilstrekkelig skjeve maktforhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige.⁵ Skjeve maktforhold vil det typisk være mellom arbeidssøkere og arbeidsgivere. En slik bestemmelse vil få konsekvenser for personopplysningsloven, som gjennomgående har samtykke som et av flere hjemmelsgrunnlag, se punkt 2.2.2. Forslaget er nå under behandling i Europaparlamentet.

Arbeidssøkers personvern i en ansettelsesprosess er ikke et nytt tema, men det er langt fra grundig behandlet. De aktuelle lovene er personopplysningsloven (popplyl.)⁶, arbeidsmiljøloven (aml.)⁷, og de ulike diskrimineringslovene, særlig diskrimineringsloven (diskrl.)⁸ og likestillingsloven (likestl.)⁹. I tillegg finnes det visse reguleringer i strafferegistreringsforskriften¹⁰ og personopplysningsforskriften (poppf.).¹¹ Disse blir

² Jakhelln 2006 s. 80.

³ F.eks. ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997.

⁴ EUs nettsider, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm

⁵ COM(2012) 11 (allmän uppgiftsskyddsförordning), fortalens avsnitt 34.

⁶ Lov 14.april 2000 nr. 31.

⁷ Lov 17.juni 2005 nr. 62.

⁸ Lov 3.juni 2005 nr. 33.

⁹ Lov 9.juni 1978 nr. 45.

¹⁰ Forskrift 20.desember 1974 nr. 4.

behandlet i punkt 3.6 og 3.7. Arbeidsmiljøloven har enkelte lovbestemmelser som direkte regulerer arbeidssøkers situasjon. Disse behandles i punkt 3.4-3.5. Personopplysningsloven og forholdet til arbeidssøkeres situasjon blir behandlet i punkt 2.2.2. Rettspraksis gir knapt eksempler om temaet. Det finnes noe praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda, men det meste av praksis herfra gjelder rene diskrimineringsvernspørsmål.

¹¹ Forskrift 15.desember 2000 nr. 1265.

1.3 Den videre fremstillingen

Avhandlingen vil starte med en behandling av to sentrale begreper i punkt 2; styringsretten og personvernet. Deretter vil reglene som begrenser arbeidsgivers styringsrett overfor arbeidssøker bli gjennomgått i punkt 3.

Forholdet til rekrutteringsbyråer blir behandlet i punkt 4. Avslutningsvis vil jeg forsøke å sammenfatte rettstilstanden og komme med en rettspolitisk vurdering i punkt 5-6.

2 Styringsrett og personvern

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Styringsretten betegnes gjerne som arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Styringsretten er ikke et begrep som følger av lovgivning, men betegnes ofte som en konsekvens av selve arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold som den etablerer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹² Styringsretten er ikke omtalt nærmere i lov, men det følger klart av rettspraksis at styringsretten er en rettslig norm.¹³ Styringsretten er også forutsatt i relevant lovgivning samt i det arbeidsrettslige avtaleverket, og er godt behandlet i juridisk faglitteratur.

Arbeidsgivers styringsrett er ikke en fri rettslig kompetanse. Den avgrenses mot forbud i lov og forskrift samt de skranker som følger av tariffavtaler, individuelle arbeidsavtaler eller andre rettsgrunnlag. Arbeidsgivers styringsrett er derfor en restkompetanse.¹⁴ Styringsretten er den handlingsfriheten som står igjen innenfor skrankene. Til gjengjeld er styringsretten i utgangspunktet fri innenfor disse.

Når arbeidsgiver rekrutterer nye arbeidstakere, skjer det vanligvis i ulike faser. Først blir potensielle arbeidssøkere gjort oppmerksomme på at arbeidsgiver søker nye arbeidstakere gjennom stillingsannonser i aviser, på internett, gjennom rekrutteringsbyråer osv. Deretter melder arbeidssøker sin interesse ved å sende inn søknad, CV, vitnemål, attester mv., enten elektronisk eller i posten. Dersom arbeidssøker er aktuell for stillingen, blir vedkommende kalt inn til ett eller flere jobbintervjuer. Etter at intervjuene er foretatt, sjekker arbeidsgiver gjerne referanser hvis søkeren fremdeles er aktuell. Siste fase er arbeidskontrakten, med

¹² Jakhelln 2006 s. 48.

¹³ Se bl.a. Nøkk-dommen, Rt-2000-1602, og Kårstø-dommen, Rt-2001-418.

¹⁴ Evju 2003 s. 20-21.

forhandlinger om lønn og arbeidstid. Dersom arbeidsgiver og arbeidssøker kommer til enighet, inngås deretter arbeidskontrakten.

For denne avhandlingen er det fasene før arbeidskontrakten som er interessante. Disse kan med en fellesbetegnelse kalles den prekontraktuelle fasen. Med utgangspunkt i beskrivelsen av styringsretten ovenfor, trer den tidligst inn på kontraktsforhandlingsstadiet. I den forbindelse kan det spørres om det foreligger noen styringsrett for arbeidsgiver overfor arbeidssøker i den prekontraktuelle fasen, bortsett fra under kontraktsforhandlingene. Det foreligger ikke noen arbeidsavtale som legger rammer for styringsretten, og følgelig heller ikke noe lydighets- og underordningsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidssøker.

Situasjonen er sammenlignbar med to parter som muligens skal inngå en kontrakt, men som ennå ikke er kommet i en forhandlingsposisjon. Arbeidssøker har lagt inn et anbud hvor vedkommende tilbyr sine tjenester, men arbeidsgiver har ikke bestemt seg for om han vil ha dem. Styringsretten, som en rett til blant annet å inngå arbeidsavtaler, omfatter fasen hvor arbeidsgiver har bestemt seg for å ta anbudet, og hvor de nærmere rammer skal fastlegges før arbeidskontrakten signeres. De delene av den prekontraktuelle fasen som denne oppgaven tar for seg er da forbi. Styringsretten som foreligger i fasen etter at arbeidsgiver har bestemt seg for å ta anbudet, kan derfor ikke hjemle arbeidsgivers frihet overfor arbeidssøker i denne tidligere fasen. Det arbeidsgiver har er en handlefrihet til selv å velge fremgangsmåte i den prekontraktuelle fasen, forutsatt at det ikke gjelder forbud eller rettslige skranker. Denne handlingsfriheten kommer inn på et tidligere stadium enn styringsretten.

Mange av de skrankene som hviler på styringsretten er heller ikke anvendelige overfor arbeidssøkere. Et eksempel er arbeidsmiljøloven kapittel 9 om kontrolltiltak. Kapittel 9 generelt kommer ikke til anvendelse overfor arbeidssøkere, men gjelder ”kontrolltiltak overfor arbeidstaker”, jfr. aml. § 9-1. Styringsretten begrenses også av et generelt

saklighetskrav overfor arbeidstakere.¹⁵ Det er imidlertid høyst usikkert om arbeidsgivers handlingsfrihet begrenses av et saklighetskrav overfor arbeidssøkere, noe som drøftes i punkt 3.2.2. I den grad styringsretten er en rettslig norm også overfor arbeidssøkere, virker det inkonsekvent om innholdet av retten skal være forskjellig overfor disse.

Det kan hevdes at diskrimineringsvernet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 kan brukes som argument for å tale om styringsrett også overfor arbeidssøkere i de tidlige fasene. Arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd gir kapittel 13 anvendelse på ”alle sider ved arbeidsforholdet”, deriblant stillingsutlysning og ansettelse, jfr. bokstav a). Tidsmessig innebærer det at vernet etter kapittel 13 inntreffer før det er etablert et arbeidsforhold, noe som bekreftes av aml. § 13-4 som direkte forbyr innhenting av visse opplysninger fra arbeidssøkere.¹⁶ Kapittel 13 fungerer altså som en avgrensning av styringsretten, og den begrenser også arbeidsgivers frihet overfor arbeidssøkere i den prekontraktuelle fasen.

Diskrimineringsvernet begrenser imidlertid mer enn arbeidsgivers styringsrett. At § 13-2 spesifiserer at også tiden forut for ansettelsen er omfattet, taler heller mot at det er styringsretten som avgrenses i stadiene før ansettelsen; det er uttrykkelig spesifisert at kapittelet verner mer enn de typiske situasjonene hvor arbeidsgivers styringsrett er aktuell. Bestemmelsen taler dermed bare sterkere for at styringsretten vanligvis ikke er inntrådt på disse stadiene.

Problemstillingen blir hva man da skal kalle grunnlaget for arbeidsgivers rett til å bestemme over en rekrutteringsprosess. En mulighet er å innføre begrepet ”arbeidsgivers handlingsfrihet i den prekontraktuelle fasen.” Det vil da fremgå klart av begrepsbruken hva en sikter til, og det blir ikke nødvendig å presisere hvilke begrensninger på styringsretten som ikke gjelder.

¹⁵ Jakhelln 2006 s. 50.

¹⁶ Se oppgavens punkt 3.5.1.

Ordene “frihet” og ”handlingsfrihet” er på den annen side vage, og er ikke innarbeidede uttrykk i arbeidsretten. Styringsretten er derimot et velkjent og innarbeidet begrep. Det kan derfor være praktisk å bruke styringsretten som betegnelse også på arbeidsgivers handlingsfrihet i den prekontraktuelle fasen. Det er riktignok ikke tale om den samme styringsretten som arbeidsgiver har overfor arbeidstakere, men for alle praktiske formål vil styringsretten være en hensiktsmessig betegnelse. En styringsrett i ordets rette forstand er en rett til å bestemme noe over andre. Og det er nettopp det arbeidsgiver gjør i en rekrutteringsprosess overfor arbeidssøkerne. Arbeidsgivers handlingsfrihet ved ansettelser blir da også en form for styringsrett, bare en annen type enn den ”tradisjonelle” styringsretten. Videre i avhandlingen vil derfor betegnelsen styringsrett bli brukt på arbeidsgivers handlingsfrihet i rekrutteringsfasen.

2.2 Personvern

2.2.1 Generelt

For å kunne se nærmere på arbeidssøkers personvern, er det nødvendig å forstå hva personvern er. Personvernkommisjonen definerer personvern slik: ”Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse.”¹⁷ Denne avhandlingen legger samme definisjon til grunn.

Nært knyttet til personvern er begrepet personopplysningsvern. Kommisjonen definerer begrepet slik: ”Personopplysningsvern dreier seg om regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglenes formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv.”¹⁸ Denne siden av personvernet er særlig aktuell for denne avhandlingen, nemlig arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger om arbeidssøkere.

Innhenting og behandling av personopplysninger er en sentral del av en ansettelsesprosess, og skjer på ulike måter. Eksempler på innhentingsmåter er:

- arbeidssøker sender inn CV, søknad, vitnemål, attester mv. til arbeidsgiver
- arbeidssøker lagrer opplysninger om seg selv på rekrutteringsbyråers nettsider
- spørsmål under jobbintervju
- gjennomføring av psykologiske tester
- arbeidsgiver kontakter arbeidssøkers referanser og øvrige bekjente
- vandelsattest
- legeattest
- kredittsjekk

¹⁷ NOU 2009:1 pkt. 4.1.5.

¹⁸ ibid.

- google-søk, sjekking av søkers profil på sosiale medier som facebook, twitter, linkedin. etc.

Arbeidsgiver får slik tilgang til en rekke opplysninger om søkerne. Det er derfor viktig å ha regler som regulerer innhenting og bruk av personopplysninger. I norsk rett finnes både et lovfestet og et ulovfestet personvern, se punkt 2.2.2 og 2.2.3.

2.2.2 Personopplysningsloven

2.2.2.1 Anvendelsesområde

Personopplysningsloven avløste personregisterloven av 9. juni 1978 nr. 48 og gjennomfører EUs personverndirektiv (direktiv 95/46/EF) i norsk rett. Personopplysningsloven og forskriften gir regler for behandling av personopplysninger, og avgrensar i så måte arbeidsgivers styringsrett.

Lovens saklige virkeområdet er gitt i § 3. Personopplysningsloven gjelder for ”behandling av personopplysninger” når behandlingen ”helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler” og når personopplysningene ”inngår eller skal inngå i et personregister”, jfr. første ledd bokstav a) og b). Kameraovervåking omfattes også av loven, jfr. bokstav c), men dette er ikke relevant for avhandlingen.

Personopplysninger er opplysninger og vurderinger som kan knyttes til enkeltpersoner, i motsetning til juridiske personer.¹⁹ I praksis vil alle opplysninger som innhentes om en arbeidssøker være personopplysninger i lovens forstand.

¹⁹ Popplyl. § 2 nr. 1.

”Behandling av personopplysninger” omfatter enhver bruk av opplysningene, deriblant innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering, eller en kombinasjon av ulike bruksmåter.²⁰ Forespørsel under intervju omfattes også.²¹

Dersom det foreligger behandling av personopplysninger, kommer loven til anvendelse om behandlingen skjer helt eller delvis elektronisk, jfr. § 3 bokstav a), eller om opplysningene inngår eller skal inngå i et personregister, jfr. bokstav b).

Mens § 3 bokstav a) setter som vilkår at behandlingen “skjer” med elektroniske hjelpemidler, er det etter bokstav b) tilstrekkelig at personopplysningene “inngår eller *skal inngå* i et personregister.” Det er altså ikke noe krav om at opplysningene faktisk inngår i et register direkte under behandlingen, så lenge de senere skal gjøre det.

Hvorvidt opplysningene faktisk må inngå i et personregister senere, eller om det er tilstrekkelig at det var intensjonen på behandlingstidspunktet, sier ikke loven eller forarbeidene noe om. Hvor personopplysningene for eksempel makuleres i stedet for å lagres i et personregister, er ikke personvernsaspektet til stedet. Det er rimelig å anta at personopplysningsloven da ikke vil gjelde, forutsatt at behandlingen ikke fanges opp av § 3 bokstav a).

Behandlingen skjer med elektroniske hjelpemidler når behandlingen skjer automatisk, uten innblanding fra mennesker.²² Dette vil være tilfelle hvor arbeidssøker registrerer sin CV på rekrutteringsbyråers nettsider, og ofte ved gjennomføring av psykologiske tester.

Ved registrering av CV på rekrutteringsbyråers nettsider vil opplysningene havne i selskapets database, og da sannsynligvis i et personregister. ”Personregister” er ”registre,

²⁰ Popplyl. § 2 nr. 2.

²¹ TOVRO-2009-100492 s. 15.

²² Personvernemndas avgjørelse 2005/1 pkt. 6.3.

fortegnelser mv. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen”, jfr. popplyl. § 2 nr. 3. Bestemmelsen får først og fremst betydning for manuell behandling av personopplysninger, som inngår eller senere skal inngå i et elektronisk eller ikke-elektronisk personregister, da elektronisk behandling fanges opp av bokstav a).

Begrepet bygger på et gjenfinningskriterium. Registeret må være organisert slik at det er enkelt, og i det minste mulig, å finne frem til opplysninger om de som er registrerte, typisk ved en alfabetisk organisering på personnavn.²³ Eksempler på registre er personalmapper. I praksis vil alt som registreres på en PC, iPad, elektronisk på annen måte eller ”for hånd”, bli lagret slik at det er relativt enkelt å finne frem igjen til opplysningene.

Personopplysninger som fremkommer om arbeidssøkere vil etter all formodning senere lagres på en måte som gjør at arbeidsgiver kan finne igjen opplysningene når kandidater skal utvelges. Innhenting av personopplysningene som behandling vil slik tilfredsstillе vilkåret om at de “inngår eller skal inngå i et personregister.” Unntak kan tenkes for uviktige opplysninger som arbeidssøker oppgir i CV, i søknad eller under intervjuet. Arbeidsgiver skriver kanskje ned opplysningene i en notatblokk, uten at det er meningen at de skal inn i noe personregister. Det kan også være opplysninger som arbeidsgiver ikke skal ta inn i et personregister fordi de er ulovlig å innhente, for eksempel om fagforeningstilknytning, se arbeidsmiljøloven § 13-4 og punkt 3.5.1. Slike opplysninger vil ikke omfattes av personopplysningsloven. Det hører likevel til unntakene, og i de fleste tilfeller vil personopplysningsloven gjelde for arbeidsgivers innhenting av personopplysninger.

²³ ibid. pkt. 6.2.

2.2.2.2 Behandling av personopplysninger

Adgangen til å behandle personopplysninger er regulert i § 8. To sentrale begreper er “behandlingsansvarlig” og “registrert”.²⁴ “Behandlingsansvarlig” er den som “bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes”, i praksis arbeidsgiver eller noen som handler på arbeidsgiver vegne. “Registrert” er den som personopplysningen kan knyttes til, altså arbeidssøker.

Et vanlig vilkår er at den registrerte har samtykket til behandlingen, jfr. § 8 første alternativ. Samtykket må være “en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv.”²⁵ Ved registrering i databaser på internett mv. må arbeidssøker som regel krysse av for at han samtykker i behandling av de aktuelle opplysningene, og vilkåret i § 8 vil da være oppfylt.

Når arbeidsgiver stiller spørsmål under et intervju, eller når arbeidssøkere sender inn søknad, CV mv., foreligger det normalt ikke et ”uttrykkelig” samtykke slik popplyl. § 2 nr. 7 krever. Behandling av personopplysningene hjemles da i § 8 bokstav f). Bestemmelsen tillater behandling hvor dette er nødvendig for “at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.” Det følger av departementets merknader til bestemmelsen at det skal foretas en interesseavveining: ”Om behandlingen er tillatt eller ikke, avhenger av en avveining av den behandlingsansvarliges interesser i å gjennomføre behandlingen mot den registrertes personverninteresse i at behandlingen ikke gjennomføres.”²⁶ For de fleste spørsmål vil popplyl. § 8 bokstav f) gi tilstrekkelig hjemmel. Arbeidsgiver har en berettiget interesse i å vite om arbeidssøker er egnet til stillingen, og hensynet til arbeidssøkers personvern vil normalt ikke overstige den interessen.

²⁴ Popplyl. § 2 nr. 4 og 6.

²⁵ Popplyl. § 2 nr. 7.

²⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109.

Personopplysninger kan videre behandles hvor adgangen til det er fastsatt i lov, jfr. § 8 annet alternativ. Et eksempel er arbeidsmiljøloven § 9-3 som tillater innhenting av helseopplysninger i visse tilfeller. De øvrige hjemlene for behandling av personopplysninger i § 8 er ikke relevante for avhandlingen.

Såkalte sensitive personopplysninger er underlagt strengere regulering. Sensitive personopplysninger er opplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn, politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning, opplysninger om straffbare forhold mv., helseforhold, seksuelle forhold, og fagforeningstilhørighet.²⁷ Slike opplysninger er også regulert særskilt i forhold til innhenting, se punkt 3.4-3.6.

For å behandle sensitive personopplysninger må behandlingen i tillegg til å oppfylle et av vilkårene i § 8, også oppfylle et av vilkårene i § 9. Dette kan være samtykke fra arbeidssøker, at adgangen til behandlingen er fastsatt i lov, at opplysningene er gjort frivillig allment kjent av arbeidssøker selv, eller at behandlingen er nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne gjennomføre sine plikter i forhold til for eksempel HMS-krav.²⁸ Det kreves i tillegg konsesjon fra Datatilsynet for å behandle slike opplysninger, med mindre opplysningene er gitt uoppfordret av arbeidssøker, jfr. § 33.

Når personopplysninger havner hos arbeidsgiver, er dette ofte som følge av arbeidssøkers eget initiativ, gjennom søknad og CV. Arbeidssøker har da ikke krav på informasjon om hva opplysningene skal brukes til etc., da opplysningene ikke er samlet inn, jfr. personopplysningsloven § 19 første ledd, men frivillig oppgitt. Når arbeidsgiver spør arbeidssøker om spørsmål under et jobbintervju, vil det imidlertid være innsamling av personopplysninger etter § 19. Dersom målet er å samle opplysningene i et personregister, eller på annen måte behandle dem ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, plikter

²⁷ Popplyl. § 2 nr. 8.

²⁸ Popplyl. § 9 bokstav a), b), d) og f).

arbeidsgiver antagelig å informere arbeidssøker om dette og forholdene rundt behandlingen, før han starter å spørre, se § 19.

Personopplysningsloven § 11 oppstiller grunnkrav til behandling av personopplysninger. Det følger av bokstav b) at opplysningene kun kan brukes til formål som vil være saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet. Arbeidsgiver kan dermed kun bruke personopplysninger om arbeidssøkere til å vurdere om søkerne er egnet for stillingen. Det er kun slike formål som vil være saklig begrunnet i arbeidsgivers virksomhet.

Arbeidsgiver kan kun lagre opplysninger om arbeidssøkere så lenge det er nødvendig ut fra formålet med behandlingen.²⁹ Er det ikke lenger nødvendig å ha opplysningene, skal de slettes.³⁰ Dette innebærer at arbeidsgiver for eksempel ikke kan lagre kredittsjekker om arbeidssøkere. Når arbeidsgiver har fått resultatet av en kredittsjekk, er formålet med sjekken oppnådd, og resultatene bør så slettes. Annerledes kan det stille seg med politiattester. Dersom vedkommende blir ansatt, er arbeidsgiver ofte pliktig til å lagre opplysningene fra politiattesten, slik at den kan vises frem ved en eventuell inspeksjon av arbeidsplassen. Det vil for eksempel være aktuelt i barnehager, hvor det er et krav at ansatte ikke tidligere er dømt for overgrep mot barn.

Om arbeidssøker blir ansatt, vil arbeidsgiver ofte lagre opplysninger om vedkommende i personalmapper. Dette er nødvendig av både administrative årsaker og hensynet til HMS. Hvor arbeidssøker ikke blir ansatt, har ikke arbeidsgiver dette behovet, og opplysningene bør slettes så snart det er klart at vedkommende ikke får jobben.

Datatilsynet har hjemmel til å kontrollere hvorvidt loven overholdes, men har per i dag ikke kommet med rapporter som adresserer personopplysninger om arbeidssøkere.³¹ Det

²⁹ Popplyl. § 11 første ledd bokstav e).

³⁰ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktøy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

³¹ Popplyl. §§ 42 og 44.

nærmeste en kommer er kontrollen Datatilsynet gjennomførte hos rekrutteringsbyrået Rekruttering AS.³² Målet var å kontrollere virksomhetens bruk av personopplysninger i forbindelse med bruk av lister over uteksaminerte studenter som selskapet hadde fått utlevert fra en rekke universiteter og høyskoler. Tilsynet konkluderte med at behandlingen av personopplysninger var i samsvar med loven.

Rapporten fra kontrollen hos Rekruttering AS gir et positivt inntrykk, men den sier neppe noe om situasjonen hos rekrutteringsbyråer og arbeidsgiverbedrifter generelt. Det er vanskelig å si noe konkret om hvordan reglene i personopplysningsloven overholdes basert på rapporten. Arbeidssøkere gjør neppe noen vane av å kontakte selskaper de ikke ble ansatt i for å sjekke om de har personopplysninger om dem i sine systemer. Det blir opp til Datatilsynet å finne ut hva status er.

2.2.2.3 Sanksjoner

Arbeidssøker kan kreve erstatning dersom arbeidsgiver, rekrutteringsbyråer mv. ikke handler i samsvar med personopplysningsloven, jfr. § 49. Det gjelder et culpaansvar med omvendt bevisbyrde for skade oppstått på grunn av at personopplysninger ikke er behandlet i samsvar med loven, se første ledd. Behandlingsansvarlig har videre et objektivt erstatningsansvar for meddelelse av uriktige eller misvisende kredittopplysninger, se annet ledd. Erstatningen gjelder i utgangspunktet kun for økonomisk tap, men oppreisning kan også tilkjennes om det anses rimelig, se tredje ledd.

Arbeidsgiver har i utgangspunktet ingen interesse i å meddele kredittopplysninger om en arbeidssøker, så objektivt erstatningsansvar er lite sannsynlig. Det er videre vanskelig å påvise noe økonomisk tap i arbeidssøkers tilfelle. Sanksjonen som står igjen er oppreisning. Ved oppreisningsvurderingen vektlegges alvorlighetsgraden av personvernkrenkelsen for

³² Datatilsynets nettsider, tilsynsrapporter 2012, Rekruttering AS,

<http://www.datatilsynet.no/Regelverk/Tilsynsrapporter/2012/Kontroll-med-Rekruttering-AS-endelig-rapport/>

arbeidssøker, hvilken skyld som er utvist av den behandlingsansvarlige, den behandlingsansvarliges økonomi og den forventede preventive funksjonen av oppreisning.³³

Per i dag er det ingen saker fra rettspraksis eller annen praksis hvor arbeidssøkere har krevd oppreisning (eller erstatning) etter § 49. Sanksjonene i § 49 er for øvrig stort sett sammenfallende med sanksjonene i eksempelvis arbeidsmiljøloven § 13-9. Det vil neppe være rom for oppreisning etter begge bestemmelsene.³⁴

Det finnes kun en sak hvor en arbeidstaker har krevd oppreisning etter § 49, den såkalte GPS-dommen.³⁵ Arbeidsgiver hadde i strid med personopplysningsloven sammenstilt opplysninger fra GPS-system med timelistene til en ansatt da arbeidsgiver mistenkte den ansatte for å fremsette et uberettiget krav om overtid. Det forelå ikke noe økonomisk tap. Etter en helhetsvurdering kom lagmannsretten til at "krenkelsens art og omfang" ikke gjorde det rimelig å tilkjenne oppreisning.³⁶ Saken er anket inn og tillatt fremmet for Høyesterett angående oppreisningsspørsmålet.³⁷

2.2.3 Det ulovfestede personvernet

Det ulovfestede personvernet er skapt av domstolene. Den første kjente dommen er Rt-1896-530, Aars-dommen, hvor Høyesterett etablerte et ulovfestet vern for den private navnerett. Et annet kjent eksempel er Rt-1952-1217, "To mistenkelige personer." Høyesterett la her til grunn at det måtte foretas en interesseavveining når det skulle tas stilling til om et inngrep i personlighetens rettsvern var rettsstridig.

³³ Gyldendal Rettsdata, popply. § 49, kommentarer av Dag Wiese Schartum, note 186.

³⁴ Sml. TOVRO-2009-100492 s. 15.

³⁵ LH-2011-155315.

³⁶ Dommen s. 11.

³⁷ HR-2012-1730-U.

Anvendelsesområdet for det ulovfestede personvernet er ikke nærmere fastlagt. Det ulovfestede personvern og forholdet til arbeidsgivers styringsrett i ansettelsesprosessen har ikke vært oppe i rettspraksis. Virkeområdet må nødvendigvis være hvor personopplysningsloven og andre personvernregler ikke gjelder, men de nærmere grensene er uklare.

3 Innhenting av opplysninger

3.1 Generelt

Når arbeidsgiver skal rekruttere nye arbeidstakere, har han et berettiget behov for å kartlegge arbeidssøkers kvalifikasjoner. Bare slik er det mulig å finne ut om arbeidssøker passer til stillingen, noe som er i både arbeidsgivers og arbeidssøkers interesse. Det ligger som utgangspunkt innenfor styringsretten å innhente opplysninger om arbeidssøkere, innenfor de rammer som lov og forskrift setter. Innhenting av opplysninger innebærer stort sett det samme som ”behandling” i personopplysningsloven § 2 nr. 2, blant annet innsamling og sammenstilling av personopplysninger.

Ut fra forutsetningen om lojal opptreden i kontraktsforhold må det likedan forventes at arbeidssøker svarer fullstendig og sant på arbeidsgivers spørsmål. Arbeidssøker og arbeidsgiver befinner seg ikke i et kontraktsforhold, men forhold under intervju mv. vil kunne være av betydning for den senere arbeidskontrakten. Avtalerettens regler må derfor legges til grunn også på det prekontraktuelle stadiet. Avtalelovens svikbestemmelser og ugyldighetsbestemmelser vil være anvendelige på arbeidsavtaler.³⁸ Satt på spissen kan arbeidsgiver heve arbeidsavtalen om stillingen ikke er tiltrådt, eller gi oppsigelse om stillingen er tiltrådt, dersom arbeidssøker ikke har vært sannferdig. Det skal trolig mye til.

Det forutsetter følgelig at arbeidsgiver har rettslig adgang til å spørre. Dersom arbeidsgiver spør om arbeidssøker er gravid, kan det ikke tillegges vekt om arbeidssøker lyver, da arbeidsgiver uansett er avskåret fra å spørre, jfr. likestillingsloven § 4 tredje ledd, se punkt 3.5.2.

En nærliggende problemstilling er om arbeidssøker har en opplysningsplikt overfor arbeidsgiver. Det kan trekkes en linje til avtalerettens lære om bristende forutsetninger: Om arbeidssøker unnlater å informere om noe han måtte forstå var av betydning for ansettelsen,

³⁸ Lov 31.mai 1918 nr. 4, §§ 30, 33, 36.

kan arbeidsgiver da påberope seg læren om bristende forutsetninger som grunnlag for å heve ansettelsesavtalen når forholdet blir kjent? Høyesteretts kjæremålsutvalg svarte bekreftende på det i Fødselspermisjon-saken.³⁹ Retten bemerket at det etter vanlige avtalerettslige prinsipper kunne være en bristende forutsetning for en arbeidsavtale at søkeren ikke hadde fortalt at hun var gravid. På grunn av graviditeten kunne hun bare fungere i én måned av et vikariat på 4 måneder.⁴⁰ Det er tvilsomt om kjennelsen ville blitt opprettholdt i dag, sett i lys av likestillingsloven § 4. Saken illustrerer likevel at læren om bristende forutsetninger er anvendelig på arbeidsavtaler.

Spørsmålet om opplysningsplikt var også oppe i Fetteren-dommen fra Stavanger tingrett.⁴¹ A hadde fått stilling som kundeansvarlig ved Fokus Banks kontor i Stavanger. Banken hevet senere ansettelsesavtalen før A tiltrådte, da banken fant ut at A var den såkalte ”fetteren” i Karmøy-saken. A gikk til sak med påstand om at arbeidsavtalen skulle kjennes gyldig, samt erstatningskrav for urettmessig heving.

Banken mente seg fri fra ansettelsesavtalen fordi A’s status som ”fetteren” representerte ”en viktig og relevant forutsetningssvikt”, og A burde ha forstått at det ville ha betydning for stillingen, og derfor informert banken om det.⁴²

Retten la til grunn at A ikke hadde noen plikt til å opplyse at han var ”fetteren.”⁴³ A måtte kunne gå ut fra at det var hans faglige kvalifikasjoner og det personlige inntrykket av ham som betydde noe for banken. Etter en samlet vurdering fant retten at det ikke forelå ”en slik relevant uriktig forutsetning hos banken som måtte være synbar for saksøkeren.”⁴⁴ Denne

³⁹ Rt-1988-766.

⁴⁰ Kjennelsen s. 769.

⁴¹ TSTAV-2011-81051.

⁴² Dommen s. 11.

⁴³ Dommen s. 13.

⁴⁴ Dommen s. 14.

konklusjonen bygger på en forutsetning om at læren om bristende forutsetninger kommer til anvendelse; i motsatt fall ville det ikke vært nødvendig å drøfte om vilkårene var oppfylt. Hvorvidt det eksisterte en opplysningsplikt for øvrige forhold gikk ikke retten inn på.

Fokus Bank nevnte arbeidsmiljøloven § 13-4 i sine anførsler, som begrenser arbeidsgivers rett til å innhente visse opplysninger (se punkt 3.5.1). Banken viste til at forhold som det som hovedregel ikke kan spørres om ved ansettelse, likevel kan tas opp med søkeren dersom innhenting av opplysningene ville vært ”begrunnet i stillingens karakter”, jfr. § 13-4 annet ledd.⁴⁵ Forholdet det er snakk om omfattes ikke av bestemmelsen, men banken tok antakelig sikte på en form for analogisk anvendelse. Banken mente seg berettiget til å innhentet opplysningene på grunn av ”stillingens karakter”, men var enig i at det vanligvis ikke vil være adgang til å innhente opplysninger om straffbare forhold. Slike opplysninger regnes som sensitive, og er særskilt regulert, jfr. personopplysningsloven §§ 2 nr. 8 bokstav b) og 9 (se punkt 3.6).

Dette sier ikke noe om en eventuell opplysningsplikt. I den grad det gjelder en opplysningsplikt, kan den imidlertid ikke omfatte forhold som arbeidsgiver er avskåret fra å innhente opplysninger om.

Opplysningsplikt henger nødvendigvis sammen med læren om bristende forutsetninger; når arbeidssøker forstår at et forhold som arbeidsgiver selv ikke er klar over, vil endre ved en relevant og viktig forutsetning for ansettelsen, er det i utgangspunktet arbeidssøkers plikt å opplyse om forholdet. Ellers vil arbeidsavtalen kunne heves med hjemmel i læren om bristende forutsetninger. Forhold som det ikke er adgang til å innhente opplysninger om, kan imidlertid ikke representere en relevant forutsetning. Forutsetningen må være lovlig; dersom arbeidssøker vet at arbeidsgiver kun vil ansette folk som stemmer Arbeiderpartiet,

⁴⁵ Dommen s. 11.

og unnlater å opplyse om at han er Høyre-mann, kan ikke arbeidsgiver senere heve avtalen på grunn av en forutsetningssvikt, jfr. arbeidsmiljøloven § 13-4 og punkt 3.5.1. Fetteren-dommen indikerer også at en forutsetningssvikt må være saklig. A forsto at hans status som “fetteren” kunne føre til at han ikke hadde fått stillingen, men det var etter rettens syn ikke en god grunn til at han ikke skulle få jobben. Et saklighetskrav ligger for så vidt allerede i kravet om en relevant forutsetningssvikt.

Basert på Fetteren-dommen kan man legge til grunn at arbeidssøker har en opplysningsplikt. Opplysningsplikten omfatter forhold som arbeidssøker forstår vil kunne representere en lovlig og saklig forutsetningssvikt for ansettelsesavtalen, og som arbeidsgiver selv ikke har noen forutsetning for å vite om.

3.2 Offentlig vs. privat sektor

Reglene som kommer til anvendelse i en ansettelsesprosess er noe ulike i offentlig og privat sektor. De begrensninger som følger av lov og forskrift gjelder for både offentlig og privat sektor, men offentlig sektor har også egne regler å forholde seg til.

3.2.1 Offentlig sektor

Statlige arbeidsgivere må forholde seg til tjenestemannsloven ved ansettelse.⁴⁶ Dette innebærer at ledige stillinger i utgangspunktet må kunngjøres offentlig, og at det er nødvendig med en innstilling fra enten et innstillingsråd eller nærmeste foresatte tjenestemyndighet før noen ansettes, jfr. §§ 2 og 4 nr. 2. Innstillingen skal forhindre maktmisbruk, typisk i form av at en ansetter venner og bekjente fremfor de best kvalifiserte.

En offentlig ansettelse er et enkeltvedtak.⁴⁷ Dette innebærer at forvaltningslovens saksbehandlingsregler og de forvaltningsrettslige prinsipper må følges også i ansettelsesprosesser. Et av disse er det generelle saklighetskrav.⁴⁸ Saklighetskravet gjelder både for statlige og kommunale arbeidsgivere, og er nært knyttet opp mot ”kvalifikasjonsprinsippet”, som offentlig forvaltning er bundet av. Kvalifikasjonsprinsippet og saklighetskravet er ulovfestet, men er slått fast i rettspraksis, forvaltningspraksis og juridisk teori. Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at den som er best kvalifisert skal tilsettes. Sentrale elementer er formelle kvalifikasjoner, arbeidserfaring og personlig egnethet.⁴⁹

Saklighetskravet får først og fremst betydning for hva det kan legges vekt på når de ulike

⁴⁶ Lov 4.mars 1983 nr. 3.

⁴⁷ Lov 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 2 (1) bokstav b), jfr. § 3 (2) annet punktum.

⁴⁸ Jakhelln 2006 s. 215.

⁴⁹ Statens Personalhåndbok 2012 pkt. 2.4.2.1.

søkerne vurderes. Hvilken informasjon som innhentes, derunder hva det spørres om på intervju og hva forvaltningen undersøker på egen hånd, legger likevel grunnlaget for hva forvaltningen har å vurdere. Konsekvensen av det blir at spørsmål på intervju og annen informasjonsinnhenting begrenses tilsvarende av saklighetskravet.

Et saklighetskrav følger også av forvaltningsrettens såkalte myndighetsmisbrukslære. Læren bygger på ulovfestede regler om at forvaltningen ikke må ta utenforliggende hensyn, drive usaklig forskjellsbehandling eller lignende. Hvor det er rom for skjønn, må forvaltningen bygge på hensyn som er relevante og saklige.⁵⁰ Hvilke opplysninger som skal innhentes om en arbeidssøker vil gjerne være preget av skjønn.

Ved vurderingen av hva som er saklig, vil stillingens art være utgangspunktet. Det tillates gjerne mer inngripende spørsmål jo mer ansvar en stilling innebærer. Spørsmål som belyser søkerens personlighet vil for eksempel kunne være saklig for lederstillinger, men mindre saklig hvor det er tale om stillinger av mer underordnet karakter.⁵¹

3.2.2 Privat sektor – et generelt saklighetskrav?

Det er usikkert om det eksisterer noen ulovfestede normer for private arbeidsgivere. Et sentralt spørsmål er om det foreligger et tilsvarende saklighetskrav som for forvaltningen. Det er klart at det foreligger når ansettelsesforholdet er etablert, se for eksempel arbeidsmiljøloven § 9-1 om at kontrolltiltak overfor arbeidstaker må ha ”saklig grunn i virksomhetens forhold.” Hvorvidt det samme gjelder overfor arbeidssøkere er usikkert.

Det kan tenkes situasjoner hvor arbeidsgiver blir erstatningsansvarlig på culpagrunnlag, for eksempel ved trakassering av en overvektig arbeidssøker. For at erstatningsansvar skal

⁵⁰ NOU 2009:14 pkt. 5.10.1.

⁵¹ Jakhelln 2006 s. 214.

oppstå, må det trolig ekstremt mye til, og det må være tale om svært grov usaklighet. Det har ikke vært aktuelle saker i rettspraksis.

Mer praktisk er at arbeidsgiver utviser usaklighet som ikke kvalifiserer til culpaansvar. Arbeidsgiver ansetter for eksempel den peneste søkeren, og lar det gå foran faglige kvalifikasjoner. Hvor den peneste søkeren er underkvalifisert, kan det være grovt usaklig. Eller arbeidsgiver ansetter den med østlandsdialekt framfor den med vestlandsdialekt, selv om de er like godt kvalifiserte, vestlendingen er kanskje hakket bedre kvalifisert. Det kan karakteriseres som lett usaklig.

Enda vanligere er at arbeidsgiver stiller personlige spørsmål på intervju som ikke er relevante for stillingen. Teoretisk kan det tenkes erstatningsansvar for ærekrenkelser i slike tilfeller etter skadeserstatningsloven § 3-6⁵², jfr. straffeloven § 249 nr. 2.⁵³ Dette ble anført i Rt-2001-428, Strafferegistreringssaken (se punkt 3.6). Anførselen førte ikke frem. Det er vanskelig å se for seg spørsmål som kvalifiserer til ærekrenkelse, og muligheten for erstatningsansvar er nok av ren teoretisk karakter.

Spørsmål om passing av barn, personlig økonomi, livsførsel og livsstil, herunder om søkeren bedriver sport, hvilket bilmerke vedkommende bruker og lignende er nok vanligere. Slike spørsmål vil vanligvis være lett usaklige. Det er for slike tilfeller at et generelt saklighetskrav vil ha en betydning.

I juridisk teori er et saklighetskrav blitt lagt til grunn. Jakhelln hevder at "[d]et generelle likebehandlingskrav og saklighetsprinsipp i arbeidsretten får anvendelse også i forhold til ansettelsen og den prosessen som går forut for ansettelsen."⁵⁴ Som begrunnelse viser han til arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd som gir diskrimineringsvernet i kapittel 13

⁵² Lov 13. juni 1969 nr. 26.

⁵³ Lov 22. mai 1902 nr. 10 (ny straffelov av 20. mai 2005 nr. 28 er ikke trådt i kraft).

⁵⁴ Jakhelln 2006 s. 184.

anvendelse på utlysning av stillinger og ansettelse. Han hevder at arbeidsmiljøloven kapittel 13, sett i sammenheng med likestillingslovens og diskrimineringslovens bestemmelser, gir uttrykk for et likebehandlingskrav som også kommer arbeidssøkerne til gode.⁵⁵

Jakhelln skriver også at i tillegg til de begrensninger arbeidsgiver er underlagt i lov og forskrift, gjelder det antagelig “ytterligere begrensninger ut fra de alminnelige prinsipper om saklighet og personvern.”⁵⁶ Som hjemmel viser han til arbeidsmiljøloven § 4-3 første og tredje ledd som i annen sammenheng beskytter arbeidstakers integritet. Han mener bestemmelsen kan ses som et utslag av det generelle personvern og et prinsipp som må legges til grunn også i intervjusituasjonen. På den bakgrunn antar han at ”arbeidsgiver under et intervju må begrense seg til de spørsmål som er egnet til og nødvendige for å belyse søkerens egnethet til stillingen.”⁵⁷

Kjølaas skriver at “[s]pørsmål som stilles i en ansettelsessituasjon må være saklige og nødvendige ut fra den vurdering som arbeidsgiver skal foreta.”⁵⁸ Han viser ikke til noen kilder for påstanden, men nevner at arbeidsmiljøloven trekker opp visse grenser for hvor langt arbeidsgiver kan gå. Nødvendighetskravet for å kunne innhente helseopplysninger i arbeidsmiljøloven § 9-3 blir brukt som eksempel.

Jakhelln og Kjølaas har rett i at det følger et saklighetskrav overfor arbeidssøkere av arbeidsmiljøloven kapittel 13, § 9-3, og av de øvrige skranker som følger av lov og forskrift. De forbud som er gitt bygger på en presumsjon om at de aktuelle opplysningene vil være usaklige å vektlegge, og at de derfor ikke skal innhentes i det hele tatt. I slike tilfeller beskyttes arbeidssøkere av et saklighets- og likebehandlingskrav. Dette gjelder

⁵⁵ ibid. s. 184-185.

⁵⁶ ibid. s. 213.

⁵⁷ ibid.

⁵⁸ Kjølaas 2010 s. 116.

imidlertid spesifikke forhold, og kan ikke brukes som hjemmel for et generelt saklighetskrav. De ulike bestemmelsene sier for eksempel ingenting om diskriminering av mindre pene arbeidssøkere, eller av vestlendinger fremfor østlendinger.

Ingen av forfatterne skiller mellom privat og offentlig sektor. Boka til Kjølaas er trolig ment som en håndbok til arbeidsgivere med praktiske råd i ansettelsesprosessen. Kjølaas er derfor ikke noen tungtveiende rettskilde her. Jakhellns' "Oversikt over arbeidsretten" gir derimot en samlet fremstilling av arbeidsretten, men heller ikke her skilles det tydelig mellom privat og offentlig sektor. Etter min oppfatning er dette en relevant sontring som Jakhelln har oversett.

Det er på det rene at det foreligger et saklighetskrav for arbeidsgivere i offentlig sektor, se punkt 3.2.1. Et saklighetskrav for private arbeidsgivere er det derimot ikke en klar hjemmel for. Jakhelln utelater dermed et grunnleggende skille når han hevder at et saklighetsprinsipp får anvendelse også i prosessen forut for ansettelsen. Det er uklart hva han mener når han snakker om "[d]et generelle (...) saklighetsprinsipp i arbeidsretten." Det kan være enten forvaltningens saklighetsprinsipp, eller saklighetsprinsippet som følger av arbeidsmiljøloven overfor arbeidstakere. Ingen av alternativene er direkte anvendelige på arbeidssøkere i den prekontraktuelle fasen.

Jakhelln viser også til arbeidsmiljøloven § 4-3 første og tredje ledd som hjemmel for at arbeidsgiver må begrense seg til saklige spørsmål under et intervju. Paragraf 4-3 bruker imidlertid kun begrepet arbeidstakere, og verken forarbeidene til bestemmelsen eller til loven for øvrig gir uttrykk for at det skal gjelde et generelt saklighetskrav overfor arbeidssøkere. En utvidende tolkning av bestemmelsen i den retning ville gå på tvers av legalitetsprinsippet. Bestemmelsen kan derfor ikke brukes som hjemmel for et generelt saklighetskrav overfor arbeidssøkere.

Arbeidsgiver må i de fleste tilfeller følge reglene i personopplysningsloven ved innhenting av opplysninger om arbeidssøkere. Det følger her et saklighetskrav av § 11 bokstav b),

hvor arbeidsgiver plikter å kun nytte personopplysningene til formål som er ”saklig begrunnet” i arbeidsgivers virksomhet. Et saklighetskrav følger også indirekte av § 8 bokstav f), ved at arbeidsgiver sjelden vil ha en tilstrekkelig berettiget interesse i å innhente personopplysninger som det ikke er saklig behov for.

Personopplysningsloven avgrenser dermed styringsretten, men den sier ingenting om rettstilstanden innenfor det området hvor arbeidsgiver har full styringsrett. Det kan også tenkes tilfeller hvor loven ikke gjelder fordi opplysningene aldri er ment å inngå i noe personregister. Dette kan være fordi opplysningene er ubetydelige, eller fordi arbeidsgiver bevisst ikke lagrer opplysningene i et personregister for å unngå å fanges opp av loven. Et øvrig poeng er at arbeidsgivere flest antagelig ikke vet at personopplysningsloven regulerer innhentingsadgangen, og kun forholder seg til reglene som direkte regulerer innhenting. Spørsmålet blir etter dette om det kan tenkes et saklighetskrav på annet grunnlag.

Et lovfestet saklighetskrav overfor arbeidstakere gjelder ved kontrolltiltak, jfr. arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Det kan spørres om dette saklighetskravet gjelder analogisk overfor arbeidssøkere.

Hverken forarbeidene eller rettspraksis støtter opp om en analogi. Et argument for analogi er §§ 9-3 og 9-4. Bestemmelsene gjelder overfor arbeidssøkere, og åpner for at også arbeidssøkere kan utsettes for kontrolltiltak. Saklighetskravet i § 9-1 gjelder generelt for alle kontrolltiltak arbeidsgiver iverksetter, og det kan anføres at saklighetskravet derfor også gjelder generelt overfor arbeidssøkere. Ordlyden i § 9-1 er imidlertid klar. Bestemmelsen taler om kontrolltiltak ”overfor arbeidstaker”, jfr. første ledd. Formålet med saklighetskravet er å beskytte arbeidstakers integritet på arbeidsplassen, og som arbeidssøker er en ikke del av en arbeidsplass.

Arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4 gjelder også spesifikke forhold. Skal § 9-1 brukes som hjemmel for et generelt saklighetskrav overfor arbeidssøkere, må det bety at all innhenting av opplysninger om arbeidssøkere anses som kontrolltiltak. Dette er neppe holdbart.

Kontrolltiltak er ikke definert i arbeidsmiljøloven, men det ligger i ordet at det er snakk om tiltak som gir arbeidsgiver mulighet for kontroll, typisk om arbeidstaker utfører sitt arbeid tilfredsstillende. Det er ikke et ønske om kontroll som ligger bak spørsmålsstillingen under intervju og annen typisk innhenting i ansettelsesprosessen, men å finne ut om vedkommende er egnet til stillingen. Slik skiller innhenting av helseopplysninger seg fra øvrig innhenting. Helseopplysninger gir arbeidsgiver en kontrolladgang ved at de sier noe om arbeidssøker kan utføre arbeidet tilfredsstillende, for eksempel i forhold til sikkerhetsforskrifter.

Paragrafene 9-3 og 9-4 fremstår derfor som nettopp unntak fra hovedregelen; arbeidsmiljøloven kapittel 9 gjelder kontrolltiltak overfor arbeidstakere, med mindre annet er uttrykkelig sagt. Arbeidsmiljøloven er generelt også en lov som gir regler for arbeidsgivere og arbeidstakere, se §§ 1-2 første ledd og 1-8. Arbeidssøkere nevnes ikke i forbindelse med lovens formål eller anvendelsesområde, se §§ 1-1 og 1-2. Det er riktignok noen få bestemmelser som gjelder også for arbeidssøkere, men da er det uttrykkelig nevnt.

En analogisk anvendelse av § 9-1 på arbeidssøkere ville representert en utvidende tolkning i strid med legalitetsprinsippet. Det er ikke holdepunkter i loven eller forarbeidene som støtter en analogi. Bestemmelsen kan derfor ikke brukes analogisk på arbeidssøkere.

Et saklighetskrav overfor arbeidssøkere må i så fall oppstilles på ulovfestet grunnlag. Hvor personopplysningsloven ikke gjelder, kan det ulovfestede personvernet komme inn og legge begrensninger på styringsretten. Personvernkommisjonen la til grunn i sin generelle utredning om personvern at “[d]et å måtte gi fra seg informasjon som ikke er relevant for situasjonen (...) kan være en krenkelse av personvernet.”⁵⁹ Det er imidlertid vanskelig å se for seg situasjoner hvor spørsmål på intervju eller lignende vil være så krenkende at det ulovfestede personvernet realiserer seg. Grensene for det ulovfestede personvernet er

⁵⁹ NOU 2009:1 pkt. 4.2.3.

uklare, men de saker som har vært oppe i rettspraksis har angått sterke personverninteresser som avsløring av tidligere straffbare forhold og rett til sjeldne slektsnavn, se punkt 2.2.3.

Det er etter dette vanskelig å finne noen hjemmel for et generelt saklighetskrav i ansettelsesprosessen i privat sektor (bortsett fra i personopplysningsloven). Et saklighetskrav gjelder først etter at arbeidskontrakt er inngått. Før denne tid er det arbeidsgivers rett å velge den han vil til stillingen. Om dette innebærer at den pene søkeren får jobben fremfor den mindre pene med bedre kvalifikasjoner, eller at østlendingen blir valgt fremfor vestlendingen, så er det slik rettstilstanden er. Arbeidsgivers valg kan være usaklige, ukloke eller usmakelige, og det kan gjerne kritiseres, men det er ikke rettslig angripelig. Legalitetsprinsippet krever klar hjemmel for å begrense arbeidsgivers handlingsfrihet med et saklighetskrav i en rekrutteringsprosess. Slik hjemmel eksisterer ikke i privat sektor per i dag.

Når Jakhelln og Kjølås forfekter et saklighetskrav, tar de heller ikke hensyn til at det ikke finnes noen sanksjoner som støtter opp om et saklighetskrav. Styret i et arbeidsgiverselskap kan riktignok kritisere en direktør for usaklige ansettelser. Det kan også iverksette sanksjoner internt i selskapet mot direktøren om styret ønsker det, selv om det nok skal litt til. Dette er imidlertid ikke rettslige sanksjoner.

Enhver diskriminering er ikke forbudt. De diskrimineringsgrunnlagene som er beskyttet fremgår av lovgivning, og disse må også privat sektor føye seg etter. Nivåene av beskyttelse er forskjellige. Noen forhold er det kun forbudt å vektlegge, for eksempel funksjonsnedsettelse, se diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og punkt 3.8.⁶⁰ Andre forhold er det også uttrykkelig forbudt å innhente opplysninger om, som fagforeningstilhørighet, se arbeidsmiljøloven § 13-4 og punkt 3.5.1. Det siste nivået av beskyttelse er de forhold som rammes av saklighetskravet i offentlig sektor, se punkt 3.2.1.

⁶⁰ Lov av 20. juni 2008 nr. 42.

De forholdene som ikke omfattes av noen av disse nivåene, har ikke noen rettslig beskyttelse i rekrutteringsprosessen.

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at næringslivet har full handlingsfrihet innen de rammene som lov, forskrift og andre rettsgrunnlag setter. Når det ikke finnes et klart rettslig grunnlag for et saklighetskrav, kan private arbeidsgiveres handlingsfrihet heller ikke begrenses av et.

Et generelt saklighetskrav eksisterer altså ikke de lege lata. De lege ferenda kan gode grunner tale for et saklighetskrav i ansettelsesprosessen, noe som kan være årsaken til at det forfektes i juridisk teori. Som kvalifikasjonsprinsippet og saklighetskravet skal sikre i offentlig sektor, er det også fordelaktig for privat sektor at jobben går til den som er best kvalifisert. Arbeidssøkere ville dessuten slippe å svare på personlige spørsmål som ikke sier noe om deres egnethet til stillingen dersom det eksisterte et saklighetskrav.

En løsning kunne være å lovfeste et saklighetskrav, som foreslått i Sverige. I forbindelse med forslag til en egen lov om integritetsbeskyttelse i arbeidslivet, foreslo Vänsterpartiet en generell regulering av arbeidsgivers spørsmålsadgang.⁶¹ Det ble anbefalt å innføre et krav om at spørsmål som stilles for eksempel på jobbintervju må være saklig motiverte.⁶²

Et lovfestet saklighetskrav vil kunne sette en standard for akseptabel opptreden fra arbeidsgivers side. Arbeidsgivere flest ville sannsynligvis vært tilbakeholdne med å opptre usaklig dersom det forelå rettslig forbud mot det. De ”stygge” og de med ”feil” dialekter ville videre få en konkret regel å støtte seg på ved usaklige forbigåelser.

Mulighet for oppreisning finnes for brudd på bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som gjelder for arbeidssøkere, samt for brudd på likestillingsloven og diskrimineringsloven, se

⁶¹ 2011/12:A209, ”Stärkt integritetsskydd i arbetslivet”, s. 8.

⁶² ibid. s. 9.

punkt 3.4-3.5. Personopplysningsloven har også en egen bestemmelse om oppreisning i § 49, se punkt 2.2.2.3. Dersom et saklighetskrav skal innføres, må det innføres en erstatningsplikt også for annen usaklig opptreden under rekrutteringsprosessen. Det må knyttes sanksjoner til et saklighetskrav om det skal gi en reell beskyttelse.

Håndteringen av en slik erstatningsplikt kan bli utfordrende. Bevissituasjonen er et problem, da det ofte vil bli ord mot ord. Det må også avgjøres hva som er usaklig, og hvor stor grad av usaklighet som kreves. Om noe først karakteriseres som tilstrekkelig usaklig, vil det videre være vanskelig å sette en rimelig pris på ”skaden” det innebærer å bli spurt om for eksempel hvem som passer barna. Et økonomisk tap vil sjelden foreligge, så oppreisning måtte blitt alternativet.

Det er ikke alt i samfunnet som bør reguleres ved hjelp av rettsregler. Usaklige forbigåelser og oppførsel i det private næringsliv er sannsynligvis heller ikke særlig utbredt. Arbeidsgivere flest vil ha den best kompetente til å utføre jobben, og det er da ingen grunn til å stille usaklige spørsmål eller å vektlegge en persons utseende. I kontakt med Likestillings- og diskrimineringsombudet svarte ombudet at de mottok svært få henvendelser om arbeidsgivere som vektlegger slike usaklige grunnlag ved ansettelse.⁶³ Mye av årsaken til det er at slike henvendelser ikke ligger innenfor de regelsett som LDO beskytter. Det er likevel også en indikator på at problemet ikke er så stort i praksis.

De arbeidsgiverne som opptrer usaklig ville sannsynligvis heller ikke la seg skremme til saklighet av en lovfesting. Og med en situasjon rundt erstatningsspørsmålet som gjort rede for i avsnittet over, vil en lovfesting uansett ikke ha den helt store verdien i praksis. Mye taler derfor for at situasjonen de lege lata er tilfredsstillende.

⁶³ Brev fra LDO av 26.10.2012, sendt per e-post.

3.3 Søknad, CV, og vitnemål

Innsendelse av søknad, CV, og vitnemål er ofte første steget i ansettelsesprosessen, og første gang arbeidsgiver får personopplysninger om arbeidssøker. Arbeidsgiver vil noen ganger, som et ledd i ansettelsesprosessen, sjekke om opplysningene som fremkommer er korrekte.

Det kan anføres at innsendelsen av papirene er en påberopelse av faktiske forhold fra arbeidssøkers side, og at arbeidsgiver derfor automatisk har rett til å sjekke om opplysningene stemmer. I forhold til utdanning må det også være det riktige. Det er ingen hensyn til arbeidssøker som tilsier at arbeidsgiver ikke bør kunne kontakte skoler vedkommende har gått på. Dobbelsjekking av utdanning er tvert imot svært viktig for å unngå at jobber tilsettes av søkere med falske vitnemål. Et godt eksempel er CV-juks-saken, hvor en kvinne skaffet seg flere toppjobber i det offentlige ved hjelp av falske vitnemål fra renommerte høyskoler og universiteter.⁶⁴

Situasjonen blir en annen i forhold til tidligere og nåværende arbeidsgivere. Her må også hensynet til arbeidssøker tas i betraktning, og særlig hensynet til diskresjon. En arbeidssøker er kanskje allerede i en jobb, og ønsker ikke at deres arbeidsgiver skal vite at de søker andre jobber. For statlige arbeidsgivere er dette regulert i Statens Personall håndbok. Det følger der at arbeidsgiver er avskåret fra å innhente opplysninger fra en søkers nåværende eller tidligere arbeidsgiver dersom søkeren ber om det.⁶⁵

For private arbeidsgivere gjelder ikke den begrensningen. Personopplysningsloven § 8 bokstav f) tilsier imidlertid at arbeidsgiverreferanser ikke skal kontaktes uten grunn; arbeidsgiver må ha en ”berettiget interesse” i å snakke med arbeidssøkers referanser. Dette vil ikke arbeidsgiver ha før sent i ansettelsesprosessen, hvor den aktuelle søkeren står igjen

⁶⁴ TOSLO-2011-169817.

⁶⁵ Statens Personall håndbok 2012 pkt. 2.4.3.

som en av få kandidater til stillingen. Hensynet til arbeidssøkers personvern, jfr. popplyl. § 8 bokstav f), tilsier at arbeidsgiver bør informere søker på forhånd om at referansene kommer til å bli kontaktet. Dette er også vanlig prosedyre i praksis.

Arbeidsgiver bør problemfritt kunne stille spørsmål om utdanning, erfaring, kunnskap, vurdering av egne samarbeidsevner, sterke og svake sider og lignende under et jobbintervju. Dette er forhold som ofte fremheves i en jobbsøknad. Her tilsier ikke hensynet til arbeidssøkers personvern at arbeidsgivers rett til informasjon bør være begrenset.

Arbeidssøker oppgir ofte mer informasjon enn det arbeidsgiver har etterspurt. Dette kan være opplysninger som arbeidsgiver selv hadde vært avskåret fra å innhente, for eksempel informasjon om fagforeningstilhørighet.⁶⁶ Eller det kan være andre opplysninger uten relevans for ansettelsen. Disse opplysningene vil normalt ikke inngå i noe personregister, og personopplysningsloven gjelder derfor ikke for behandling av dem.⁶⁷ Dersom arbeidsgiver velger å ta opplysningene inn i et personregister, vil derimot loven gjelde.

Forhold som arbeidsgiver ikke selv kunne innhentet opplysninger om, kan arbeidsgiver heller ikke legge vekt på ved ansettelsen, selv om arbeidssøker uoppfordret kommer med informasjonen.⁶⁸ Forbudene retter seg mot arbeidsgiver som pliktsubjekt, og er derfor ikke til hinder for at arbeidssøker selv tar opp slike forhold.

⁶⁶ Se aml. § 13-4 og pkt. 3.5.1.

⁶⁷ Popplyl. § 3.

⁶⁸ Se aml. § 13-1.

3.4 Helsemessige forhold

3.4.1 Innhenting av helseopplysninger – arbeidsmiljøloven § 9-3

Arbeidsmiljøloven § 9-3 forbyr arbeidsgiver å innhente helseopplysninger som ikke er ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.”

Begrepet ”helseopplysninger” bygger på definisjonen gitt av Breisteinsutvalget i NOU-2001-4, ”Helseopplysninger i arbeidslivet”, som departementet sluttet seg til i forslag til ny arbeidsmiljølov (nåværende arbeidsmiljøloven).⁶⁹ ”Helseopplysninger” defineres av utvalget som ”alle opplysninger som kan bidra til å kartlegge en persons nåværende og mulig fremtidige helsetilstand.”⁷⁰ Det vil omfatte opplysninger om en persons fysiske eller psykiske tilstand, både nåværende, tidligere og eventuelt framtidig, deriblant informasjon om medisinbruk og rusmisbruk.⁷¹ Opplysninger om graviditet faller også innenfor, se for øvrig punkt 3.5.2.

Arbeidsgiver kan kun be om helseopplysninger som er ”nødvendige” for arbeidsoppgavene stillingen innebærer. Det følger av departementets merknader til bestemmelsen at det kun vil være de strengt saklige formål som kan ivaretas.⁷²

Opplysninger som kan innhentes kan være opplysninger arbeidsgiver trenger for å oppfylle offentlige krav til et trygt arbeidsmiljø. Arbeidsgiver må således kunne spørre om arbeidssøker lider av en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stillingen. Det er imidlertid aldri tillatt å stille generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer.⁷³

⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

⁷⁰ NOU 2001:4 pkt. 10.4.1.

⁷¹ ibid. pkt. 3.2.4.

⁷² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

⁷³ ibid. s. 149.

Arbeidsgiver kan heller ikke fremskaffe opplysninger som han ikke kan be arbeidssøkere om ved hjelp av andre metoder, se § 9-3 første ledd annet punktum. Bestemmelsen er uttømmende og oppstiller et absolutt forbud mot å innhente helseopplysninger som ikke er nødvendige, uavhengig av tidspunkt og fremgangsmåte. Andre innhentingsmetoder kan være innhenting via helsepersonell eller familie.

Det kan reises spørsmål om et samtykke fra arbeidssøker kan brukes som hjemmel for å innhente opplysninger som ikke er ”nødvendige.” Arbeidslivslovutvalget argumenterte mot dette. Arbeidssøker ville kunne føle seg i en tvangssituasjon, slik at et samtykke ikke ville vært reelt, noe departementet sluttet seg til.⁷⁴ Det ble derfor konkludert med at det ikke var anledning til å bruke samtykke som hjemmel for å innhente helseopplysninger som ikke var “nødvendige.”⁷⁵

Ordlyden i § 9-3 oppstiller også et absolutt forbud mot å innhente helseopplysninger som ikke er ”nødvendige”. Videre følger det av § 9-1 at arbeidsmiljøloven ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst uten særskilt hjemmel. Hvor arbeidssøkere spesifikt omfattes, som i § 9-3, må § 9-1 gjelde også for dem.

Samtykke er altså ikke et hjemmelsgrunnlag for innhenting de lege lata. Det kan drøftes om situasjonen burde vært en annen de lege ferenda. Et premiss for utvalgets konklusjon var at det forelå en tvangssituasjon. Arbeidssøker vil imidlertid ikke alltid befinne seg i en slik tvangssituasjon. Hvor arbeidssøker er headhuntet av arbeidsgiver, er det tvert imot søker som sitter med mest “makt”. Om arbeidssøker da samtykker til at helseopplysninger innhentes, er det ingenting som tilsier at samtykket ikke er reelt.

⁷⁴ ibid. s. 148.

⁷⁵ ibid. s. 314.

Gode grunner taler etter mitt skjønn for å gjøre unntak fra forbudet i § 9-3 hvor det kan godtgjøres at det foreligger et reelt samtykke fra arbeidssøker.⁷⁶ Det bør i slike tilfeller være opp til arbeidssøker selv å avgjøre om han vil dele helseopplysninger med en potensiell arbeidsgiver.

3.4.2 Medisinske undersøkelser – arbeidsmiljøloven § 9-4

Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere er uttømmende regulert i arbeidsmiljøloven § 9-4.

Breistein-utvalget definerte medisinsk undersøkelse som ”en undersøkelse av en person – en pasient – med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på å behandle eller forebygge sykdom, eller utskriving av attest, bekreftelse eller erklæring om vedkommendes helse.”⁷⁷ Dette omfatter alt fra samtaler, utvendige undersøkelser, undersøkelse av arvemateriale, testing for rusmisbruk, mv., men det avgrenses mot såkalte personlighetstester uten medisinsk forankring.⁷⁸

Medisinske undersøkelser kan pålegges når det følger av lov eller forskrift, ved stillinger som innebærer ”særlig risiko”, eller når arbeidsgiver finner det ”nødvendig” for å verne liv eller helse, jfr. § 9-4 bokstavene a) til c).

Samtykke vil ikke være tilstrekkelig hjemmel alene for å foreta medisinske undersøkelser.⁷⁹ Se for øvrig drøftelsen av dette i punkt 3.4.1.

⁷⁶ Jfr. popplyl. § 2 nr. 7.

⁷⁷ NOU 2001:4 pkt. 3.2.2.

⁷⁸ ibid. Se for øvrig pkt. 3.9 i avhandlingen.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

3.4.3 Kort om rusmiddeltesting

Opplysninger om narkotikamisbruk regnes som helseopplysninger, se punkt 3.4.1. Det foreligger dermed de samme begrensninger på adgangen til å innhente opplysninger om bruk av rusmidler som øvrige helseopplysninger.

Rusmiddeltesting er også regnet som en medisinsk undersøkelse etter arbeidsmiljøloven § 9-4, og er underlagt de begrensninger som følger av bestemmelsen.

Den store hovedregel er at rusmiddeltesting krever særlig lov- eller forskriftshjemmel. Oppgaven avgrenser for øvrig mot dette temaet, som er grundig behandlet av blant annet Van der Lagen.⁸⁰

3.4.4 Bevisbyrde og rettsvirkninger

Arbeidsmiljøloven kapittel 9 har ikke særskilte regler om bevisbyrde eller virkningene av brudd på bestemmelsene. I mangel av særskilte regler, må bevisbyrden ligge hos den som hevder at bestemmelsene er overtrådt, i vårt tilfelle arbeidssøker.

Arbeidsgiver kan ilegges straff etter arbeidsmiljøloven § 19-1. Forsettlig eller uaktsom overtredelse av arbeidsmiljøloven kan straffes med ”bøter eller fengsel inntil tre måneder”, jfr. første ledd. Ved ”særlig skjerpene omstendigheter” kan fengsel i inntil to år ilegges, jfr. annet ledd. Annet ledd blir neppe aktuell i saker etter §§ 9-3 og 9-4.

Rettspraksis har ikke eksempler på saker om overtredelse av § 9-3 eller § 9-4. Bevissituasjonen vil være utfordrende. Hvor arbeidsgiver for eksempel har spurt arbeidssøker om helseopplysninger under intervju, vil det være ord mot ord, om ikke andre var til stede og kan bekrefte forholdet. Hvor arbeidssøker ender med å bli ansatt, kan han riktignok kreve innsyn i personalmappen etter personopplysningsloven § 18, og kan da få

⁸⁰ Van der Lagen 2008

tilgang til sterkere bevis. En slik situasjon er imidlertid svært upraktisk. Hvorvidt arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4 gir noen beskyttelse i praksis er derfor usikkert.

3.5 Vern mot diskriminering

Vernet mot diskriminering utgjør en viktig del av de lovfestede avgrensningene av styringsretten i rekrutteringsprosessen. De sentrale bestemmelsene vil bli omtalt nedenfor.

3.5.1 Arbeidsmiljøloven kapittel 13

Arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbyr "[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder."

Paragraf 13-2 første ledd bokstav a) gir kapittel 13 anvendelse på alle sider ved et arbeidsforhold, deriblant "utlysning av stilling, [og] ansettelse." Dette innebærer at diskrimineringsvernet tidsmessig kan tre inn før det er etablert et ansettelsesforhold, og arbeidsmiljøloven kapittel 13 gjelder dermed også for arbeidssøkere.

Dette bekreftes av arbeidsmiljøloven § 13-4, "Innhenting av opplysninger ved ansettelse." Bestemmelsen forbyr at arbeidsgiver "i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte" ber om at søkerne gir opplysninger om seksuell orientering, politiske holdninger eller fagforeningstilknytning. Den forbyr også at arbeidsgiver iverksetter tiltak for å innhente slike opplysninger på annet vis, se første ledd annet punktum. Bestemmelsen kan ses som en presisering av det generelle diskrimineringsforbudet i § 13-1. Den bygger på en presumsjon om at dersom slike opplysninger innhentes, vil arbeidsgiver legge vekt på opplysningene og følgelig diskriminere.

Det finnes unntak fra hovedregelen i annet ledd. Unntakene er ment å være snevre, og krever blant annet at innhenting av opplysningene kan begrunnes i "stillingens karakter." Unntakene er ikke relevante for oppgavens problemstilling, og det avgrenses derfor mot disse.

Alternativet "på annen måte" vil typisk omfatte intervjusituasjonen. Arbeidsgiver kan altså ikke spørre arbeidssøker under intervjuet hvordan vedkommende stiller seg til et politisk

spørsmål, om vedkommendes seksuelle orientering, eller om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Et eksempel fra rettspraksis på sistnevnte er Rt-2011-1755, Gate Gourmet-dommen.

Saken gjaldt overføring av cateringvirksomhet for flyselskap fra et selskap til et annet. Hovedspørsmålet i saken var om det forelå en virksomhetsoverdragelse. I tillegg anførte saksøkerne at det forelå brudd på arbeidsmiljøloven § 13-4 og forbudet mot diskriminering på grunn av fagforeningstilknytning.

Under intervjuene med det overdragende selskapet (Gate Gourmet) ble en rekke av arbeidssøkerne stilt spørsmål om fagforeningstilknytning. Grunnen var at selskapet hadde inngått en avtale med Luftfartens funksjonærforening (LFF). De forpliktet seg her til primært å dekke sitt rekrutteringsbehov ved å tilby ansettelse til søkere som var omfattet av tariffavtale med LFF. Gate Gourmet ønsket derfor å vite hvem av arbeidssøkerne som var omfattet av denne avtalen. I den forbindelse fikk selskapet overlevert en liste over LFF-medlemmer som hadde vært ansatt i overdragerselskapet, som ble benyttet under ansettelsesprosessen.

Høyesterett fant at spørsmålene om fagforeningstilknytning og bruken av listen over LFF-medlemmer var i direkte strid med aml. § 13-4 første ledd.⁸¹ Gate Gourmet hadde forskjellsbehandlet arbeidssøkerne på grunnlag av fagforeningstilknytning, og det forelå brudd på aml. §§ 13-1 og 13-4.

Saksøkerne ble tilkjent oppreisning etter aml. § 13-9 i samsvar med tingrettens domsslutning. Tingretten mente at krenkelsen var liten, og satte erstatningsbeløpet til 5.000 kroner per person.⁸²

⁸¹ Rt-2011-1755 avsnitt 74.

⁸² Se TOVRO-2009-100492.

Gate Gourmet-dommen er foreløpig det eneste eksempelet fra rettspraksis som direkte går på innhenting av opplysninger om arbeidssøkere.

Det er ikke nærmere definert i forarbeidene hva som konkret omfattes av forbudet i § 13-4 første ledd, første og annet punktum. Forbudene må omfatte alle metoder som resulterer i slike opplysninger, enten det er bruk av byråer, søk i aktuelle registre, google-søk, utspørring av familie, venner, tidligere arbeidsgivere eller andre referanser.

Også mer indirekte forsøk på å innhente opplysningene omfattes trolig av forbudet, jfr. Rt-2001-248, Olderdalen Ambulanse. Saken gjaldt rett til ansettelse etter virksomhetsoverdragelse. Arbeidssøkerne hadde ikke blitt direkte spurt om fagforeningstilhørighet, men søkerne ble tilbudt ansettelse i Olderdalen Ambulanse på den betingelse at de ikke organiserte seg. Denne betingelse var etter rettens oppfatning ”egnet til å få frem opplysninger om hvorvidt en søker er eller ikke er organisert.”⁸³ Betingelsen var klart i strid med formålet til daværende arbeidsmiljøloven (1977) § 55A første ledd, og var nærmest en omgåelse av forbudet.⁸⁴ En slik betingelse for ansettelse er jo i realiteten et tiltak for å innhente opplysninger om fagforeningsmedlemskap. Søkere som er eller vil fagorganisere seg, kan ikke takke ja til stillingen, og arbeidsgiver innhenter da indirekte den informasjonen.

”Seksuell orientering” omfatter ”homofile, lesbiske, bifile og heteroseksuelle.”⁸⁵ Begrepet må avgrenses mot seksuell atferd, det vil si handlinger som går ut over den seksuelle legningen til vedkommende.⁸⁶ Pedofili omfattes følgelig ikke av vernet. Transkjønnede er heller ikke beskyttet.

⁸³ Dommen s. 259.

⁸⁴ Lov av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)

⁸⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.2.4.4.

⁸⁶ NOU 2003:2 pkt. 11.3.4.

Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan spørre arbeidssøker hvilken seksuell legning vedkommende har, og arbeidsgiver kan heller ikke innhente informasjonen på noen annen måte. Et annet spørsmål er om arbeidsgiver kan spørre om arbeidssøker er gift, eller om arbeidssøker har barn. Dette spørsmålet har også en side til graviditet og familieplanlegging, se punkt 3.5.2. I søknadsbaser på nettet og standard CV-maler er det ofte en rubrikk for sivilstatus, hvor en typisk kan velge ”gift” eller ”enslig”. Hvorvidt en er gift sier ikke nødvendigvis noe om seksuell orientering, men det har som regel presumsjonen for seg at dem som er gift er i et heterofilt ekteskap. Om arbeidssøker oppgir partnerskap på sivilstatus er det klart at vedkommende er homofil eller bifil. Dette er ikke like aktuelt i dag, nå som partnerskap er avskaffet.⁸⁷ Dersom arbeidssøker blir bedt om å oppgi om vedkommende har barn, gir svaret på det også indikasjoner om seksuell orientering. Har vedkommende barn, og attpåtil er gift, er presumsjonen svært sterk for at vedkommende lever i et heterofilt forhold.

Det har ikke vært saker som direkte omfatter innhenting av slike opplysninger. En sak som var klaget inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) kom imidlertid inn på problematikken.⁸⁸ Klager var en mann som mente seg diskriminert i forbindelse med en rekrutteringsprosess. Han hadde blitt bedt om å fylle ut et elektronisk skjema hvor han måtte svare på en rekke spørsmål av privat art. Noen av disse var fødselsdato, om han hadde barn og eventuell alder på barna og om han fremdeles hadde daglig omsorg for disse. Ombudet kom til at spørsmålene ikke var i strid med aml. § 13-1 (eller likestillingsloven § 3, se nedenfor).

Ombudet gikk ikke inn på arbeidsmiljøloven § 13-4, selv om saken dreide seg om innhenting av opplysninger. Dette kan indikere at spørsmål om en har barn alene ikke vil være nok til å rammes av forbudet i § 13-4. En annen årsak til at § 13-4 ikke ble nevnt kan være at klageren mente seg diskriminert, og at saken derfor kun ble vurdert opp mot § 13-1

⁸⁷ Se lov 4.juli 1991 nr.47 §§ 1 og 95, jfr. lov 27.juni 2008 nr. 53.

⁸⁸ LDO 10/71, uttalelse 10.februar 2011.

(og likestillingsloven § 3). Rettstilstanden kan ikke sies å ha blitt noe klarer av denne saken.

Innhenting av opplysninger om politisk syn omfattes også av arbeidsmiljøloven § 13-4. Bestemmelsen taler om hvordan arbeidssøker ”stiller seg til politiske spørsmål.” Det vil være noe som gir uttrykk for politisk syn, som er uttrykksmåten benyttet i § 13-1. ”Politisk syn” er ikke nærmere definert, men det må antas å omfatte alle ulike politiske syn, både radikale og moderate holdepunkter.

De klareste eksempler på brudd er hvor arbeidsgiver spør hva arbeidssøker stemmer, om de er medlem i et politisk parti, eller prøver å innhente slik informasjon fra andre kilder. Ellers er det vanskelig å si hvor grensen går. Mange temaer inneholder elementer av politikk og er likevel relevante i forhold til en stilling, men ikke relevant nok til at unntaket i § 13-4 annet ledd kommer til anvendelse.

Paragraf 13-4 regulerer ikke alle diskrimineringsgrunnlagene som nevnes i § 13-1, for eksempel ikke alder eller nedsatt funksjonsevne, se første og sjette ledd. Alder vil vanligvis bli oppgitt i CV eller søknad, så det er ikke særlig praktisk. For personer med nedsatt funksjonsevne, vil det være sentralt om helseopplysninger kan innhentes i medhold av aml. § 9-3, se ovenfor. Nødvendighetskravet vil være avgjørende for hvilke opplysninger som kan innhentes. Arbeidsmiljøloven § 9-3 kan slik ses på som en presisering av vernet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, på samme måte som § 13-4 presiserer vernet på øvrige grunnlag.

Arbeidsmiljøloven kapittel 13 opererer med en delt bevisbyrderegel. Det følger av § 13-8 at ”[d]ersom (...) arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i dette kapittel, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering.” Bevisbyrden og

tvilsrisikoen går med andre ord over på arbeidsgiver dersom faktiske omstendigheter eller bevis “gir grunn til å tro” at diskriminering har skjedd.⁸⁹

Kapittel 13 har også en egen bestemmelse om virkningene av brudd på bestemmelsene. Etter § 13-9 kan den som er blitt diskriminert i strid med kapittel 13 kreve oppreisning uavhengig av arbeidsgivers skyld, jfr. første ledd første punktum. Oppreisningen fastsettes skjønnsmessig ut fra hensynet til partenes forhold og de øvrige omstendighetene, jfr. annet punktum. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige culperegler, jfr. annet ledd.

Det er bare domstolene som kan idømme erstatning og oppreisning, men Ligestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) vil kunne treffe bindende vedtak om at diskriminering har skjedd. Nemnda kan gi pålegg om stansing, retting eller andre nødvendige tiltak, og vil kunne ilegge tvangsmulkt dersom et slikt pålegg ikke etterleves innen en gitt frist.⁹⁰

Mest praktisk for arbeidssøkere som har opplevd brudd på aml. § 13-4 er oppreisning etter § 13-9 første ledd, da det sjelden vil foreligge noe klart økonomisk tap. Gate Gourmet-dommen nevnt ovenfor tyder på at det ikke vil bli tale om store summer.

3.5.2 Ligestillingsloven

En annen viktig avgrensning av arbeidsgivers styringsrett under rekrutteringsprosessen følger av ligestillingsloven § 4 tredje ledd, se arbeidsmiljøloven § 13-4 første ledd tredje punktum.

Bestemmelsen oppstiller et absolutt forbud for arbeidsgiver mot i ansettelsesprosessen å be arbeidssøker om opplysninger om eller på annen måte innhente opplysninger om

⁸⁹ Arbeidsrett.no, aml. § 13-8, kommentarer av Else Leona McClimans, note 1.

⁹⁰ Lov 10. juni 2005 nr. 40 (diskrimineringsombudsloven) §§ 7-8.

“graviditet, adopsjon eller familieplanlegging.” Det finnes som hovedregel ingen unntaksadgang fra forbudet. Loven forbyr imidlertid ikke at familieplanlegging, graviditet eller lignende diskuteres dersom arbeidssøker selv tar opp slike spørsmål under et jobbintervju.⁹¹

Familieplanlegging omfatter planlagt graviditet eller adopsjon, infertilitetsbehandling, og foreldrepermisjon og forholdene rundt den.⁹²

Likestillingsloven § 4 tredje ledd er kjønnsnøytral. Forbudet omfatter både spørsmål om arbeidssøker selv eller dennes partner er gravid, i en adopsjonsprosess, under infertilitetsbehandling, eller om de planlegger noe av dette.⁹³

Det finnes ikke saker fra rettspraksis om § 4 tredje ledd. LDO har hatt en sak om bestemmelsen.⁹⁴ Klager A hadde vært på jobbintervju hos selskapet X. Før selve intervjuet startet B, et medlem av ledelsen, en samtale med A om familieplanlegging. Hun spurte blant annet om A hadde vurdert å få barn, og ga uttrykk for at det ikke ville være problematisk for selskapet så lenge A ventet et par år med å få barn. B ga uttrykk for at hun var klar over at det var ulovlig å stille slike spørsmål.

Ombudet vurderte ikke saken uttrykkelig opp mot § 4 tredje ledd, men la til grunn at spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen regnes som direkte forskjellsbehandling. Videre uttalte ombudet at ”[v]ernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er tilnærmet absolutt.” Det ble konkludert med at X hadde handlet i strid med forbudet mot direkte diskriminering, jfr. § 3 annet ledd nr. 2 annet punktum.

⁹¹ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) pkt. 11.2.5.

⁹² ibid.

⁹³ ibid.

⁹⁴ LDO 10/2256, uttalelse 23.mars 2011.

Selv om det ikke sies i Ombudets uttalelse, er det klart at forholdet var i strid med § 4 tredje ledd. Da brudd på § 4 tredje ledd ikke spesifikt var påberopt i saken, fant LDO det trolig ikke nødvendig å ta opp bestemmelsen. Spørreforbudet i § 4 tredje ledd bygger på en presumsjon om at dersom slike opplysninger innhentes så vil de bli lagt vekt på ved ansettelsen, og det regnes derfor som direkte diskriminering.

Det er på det rene at arbeidsgiver ikke kan spørre en arbeidssøker om vedkommende planlegger å få barn, eller innhente slik informasjon fra venner, familie eller andre. Noe annet er det med beslektede spørsmål, som ikke direkte gjelder graviditet eller familieplanlegging. Det kan tenkes spørsmål om nåværende familiesituasjon, noe saken fra LDO nevnt i punkt 3.5.1 er et eksempel på.⁹⁵ En mannlig arbeidssøker måtte på elektronisk skjema oppgi fødselsnummer, om han hadde barn, alder på barna, og om disse hadde flyttet hjemmefra.

Ombudet registrerte at en sammenstilling av opplysninger om alder, kjønn og omsorgsansvar etter omstendighetene kunne føre til at visse grupper søkere kom dårligere ut. Det gjaldt særlig for kvinner i fruktbar alder. Opplysningene i saken var imidlertid ikke tilstrekkelige til å gå videre med det aspektet av saken.

Når opplysninger om barn, alder på barn og omsorgsansvar ses i sammenheng, kan det gi arbeidsgiver indikasjoner om familieplanlegging. Det kan tale for at slik informasjon bør omfattes av forbudet i § 4 tredje ledd. Rettstilstanden i forhold til tilgrensede opplysninger som dette er likevel uklar.

Likestillingsloven har en tilsvarende bevisbyrderregel som arbeidsmiljøloven kapittel 13. Paragraf 16 første ledd fastslår at dersom det “foreligger” omstendigheter som “gir grunn

⁹⁵ LDO 10/71, uttalelse 10.februar 2011.

til å tro” at forskjellsbehandling i strid med loven har skjedd, skal det også legges til grunn, “hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.” Den “ansvarlige” vil i arbeidssøkers tilfelle være arbeidsgiver. ”Foreligger” brukes for å indikere at opplysninger som legger bevisbyrden over på arbeidsgiver ikke må fremskaffes av klageren, men at det er nok om LDO har skaffet opplysningene.⁹⁶

Arbeidssøker som har opplevd brudd på § 4 tredje ledd kan kreve erstatning og/eller oppreisning etter § 17 uavhengig av arbeidsgivers skyld. Ved fastsetting av størrelsen på erstatning og/eller oppreisning, skal det blant annet tas hensyn til “det økonomiske tap”, se første ledd annet punktum.

Bestemmelsen tilsvarer i store trekk arbeidsmiljøloven § 13-9 første og annet ledd. En liten forskjell ligger i at erstatning kan kreves uten hensyn til skyld og at rett til erstatning ikke forutsetter at det påvises et økonomisk tap.⁹⁷

3.5.3 Diskrimineringsloven

Diskrimineringsloven § 7 forbyr at arbeidsgiver i utlysning etter arbeidstakere eller ”på annen måte” ber søkerne gi opplysninger om deres holdninger til ”religiøse eller kulturelle spørsmål”, se første ledd første punktum. Arbeidsgiver kan heller ikke innhente slike opplysninger på annen måte, se andre punktum.

Unntak gjelder hvor innhenting begrunnes i ”stillingens karakter” eller hvor virksomhetens formål helt eller delvis er å fremme religiøse eller kulturelle formål og den aktuelle stillingen vil være av betydning for å gjennomføre formålet, jfr. § 7 annet ledd.

⁹⁶ Gyldendal Rettsdata, lstl. § 16, kommentar av Karin M. Bruzelius, note 56.

⁹⁷ Gyldendal Rettsdata, lstl. § 17, kommentarer av Karin M. Bruzelius, note 59.

Bestemmelsen er en presisering av det generelle diskrimineringsforbudet og unntaket i § 4.⁹⁸ Paragraf 7 innebærer ingen utvidelse eller innskrenkning av adgangen til å innhente opplysninger i forhold til det generelle diskrimineringsforbudet. Diskrimineringsloven § 4 forbyr diskriminering på bakgrunn av ”etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn”, jfr. første ledd, med unntak for “[f]orskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”, jfr. fjerde ledd.

Loven eller forarbeidene har ikke en nærmere definisjon av ”religiøse eller kulturelle spørsmål”. Det finnes per i dag ikke rettspraksis eller annen praksis som belyser § 7 nærmere.

Eksempler på religiøse spørsmål er om vedkommende er religiøs, hvilken religion en tilhører, og hvordan arbeidssøker stiller seg til bruk av religiøse hodeplagg. Alt dette vil gi arbeidsgiver informasjon om hvordan arbeidssøker stiller seg til religiøse spørsmål. Arbeidsgiver kan følgelig ikke innhente informasjonen på annen måte, for eksempel ved å kontakte trossamfunn som arbeidsgiver mistenker vedkommende er medlem av. Paragraf 7 første ledd andre punktum tilsier at arbeidsgiver ikke en gang kan søke på internett eller i massemedia for å se om arbeidssøker er nevnt i forbindelse med religiøse spørsmål. Det vil være ”tiltak” som arbeidsgiver iverksetter for å innhente slik informasjon.

Hva som kommer innunder ”kulturelle spørsmål” er ikke like klart. Kultur er mer eller mindre altomfattende, og gir arbeidsgiver svært liten spørsmålsadgang om en vid definisjon skal legges til grunn.

Kultur som begrep beskriver visse fellestrekk som mennesker som hører til en spesifikk gruppe har, i motsetning til de som ikke hører til gruppa. Typiske kjennetegn er felles

⁹⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 209.

språk, felles verdisyn, felles religion, felles moralske normer og erfaringsverden. Begrepet har mange likhetstrekk med etnisitetsbegrepet, se dskrl. § 4 første ledd.

Det er rimelig å anta at det er kjennetegn som nevnt ovenfor som § 7 henviser til med ”kulturelle spørsmål.” Dette samsvarer med lovens formål om ”å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn”, se § 1.

Noen av elementene som omfattes av begrepet er det nytteløst å ha forbud mot å innhente opplysninger om. Arbeidsgiver trenger for eksempel ikke spørre for å finne ut hvilken hudfarge arbeidssøker har, og bærer en arbeidssøker hijab, sier det mye om hennes kulturelle og religiøse tilhørighet.

Diskrimineringsloven § 7 har praktisk betydning for andre kulturelle spørsmål. Bestemmelsen forbyr arbeidsgiver å stille spørsmål som, om de besvares, vil si noe om arbeidssøkers etnisitet, nasjonale opprinnelse eller avstamning (som arbeidsgiver ikke selv ser umiddelbart). Arbeidsgiver kan for eksempel ikke spørre hvor arbeidssøker opprinnelig kommer fra eller hvor hans foreldre utvandret fra, eller spørre andre om det. Om ordlyden tas på ordet, kan arbeidsgiver heller ikke spørre arbeidssøker hva han synes om for eksempel muslimer eller arabere.

Bestemmelsen bruker ordlyden ”stiller seg til”; den oppstiller tilsynelatende ikke et generelt forbud mot å innhente opplysninger om religiøse eller kulturelle spørsmål. Dette kunne tilsi at det ikke er forbudt å spørre arbeidssøker om for eksempel hans nasjonale opprinnelse eller avstamning. Svaret vil jo være et faktum om arbeidssøker, og ikke en opplysning om hvordan han selv stiller seg til det. En slik tolkning av bestemmelsen ville imidlertid være i strid med lovens formål og kan ikke legges til grunn.

Diskrimineringsloven opererer også med delt bevisbyrde. Det følger av § 10 at dersom det

er omstendigheter som gir “grunn til å tro” at (blant annet) § 7 har blitt brutt, legges dette til grunn, om ikke den ansvarlige sannsynliggjør at brudd på bestemmelsen ikke har forekommet.

Det vil være opp til LDN, LDO og domstolene å fastlegge hva som regnes som tilstrekkelige “omstendigheter”. Hvorvidt det er “grunn til å tro” at diskriminering har funnet sted, beror på en konkret vurdering. Det er ifølge Kirkøens kommentarer til bestemmelsen ikke noe krav til sannsynlighetsovervekt, men “[k]lager må etablere en presumsjon for at diskriminering har skjedd.”⁹⁹ Det er vanskelig å se for seg at en presumsjon kan etableres uten at det også foreligger sannsynlighetsovervekt. Kirkøen konkretiserer dette med at “[d]et er ikke et krav om at påstanden må styrkes av andre bevismidler i form av dokumenter eller vitner så lenge sakens ytre omstendigheter underbygger påstanden i tilstrekkelig grad.”¹⁰⁰

Også diskrimineringsloven har et objektivt ansvar for arbeidsgiver ved brudd på innhentingsreglene. Ved overtredelse av § 7 kan arbeidssøker kreve oppreisning “uten hensyn til arbeidsgivers skyld”, jfr. § 14 annet ledd. Oppreisningens størrelse beror på “partenes forhold og omstendighetene for øvrig”, se første ledd annet punktum. Erstatning kan arbeidssøker få etter vanlige culperegler.

Det er vanskelig å si hvilke summer slike oppreisninger vil ligge på. Gate Gourmet-dommen indikerer at det vil dreie seg om symbolske beløp. Religiøse og kulturelle spørsmål vil imidlertid ofte være av en mer krenkende karakter enn spørsmål om fagforeningstilhørighet. Det har per i dag ikke vært saker oppe i rettspraksis hvor det er tilkjent oppreisning for brudd på § 7.

⁹⁹ Gyldendal Rettsdata, dskrl. § 10, kommentarer av Christel Kirkøen, note 34.

¹⁰⁰ *ibid.*

3.6 Straffbare forhold

Arbeidsgiver ønsker ofte å vite om en potensiell ansatt har vært innblandet i straffbare forhold, av både saklige og mindre saklige grunner.

Politiattest kan arbeidsgiver kreve fremlagt i visse tilfeller. Hjemmel for utlevering av politiattest er regulert i strafferegistreringsforskriften kapittel C, § 12. Forskriften er gitt med hjemmel i strafferegistreringsloven § 10 nr. 3.¹⁰¹ Etter forskriftens § 12 nr. 1 kan politiattest utstedes når det foreligger klar lovhjemmel for det. Det er visse stillinger som krever politiattest, se særlig § 12 nr. 4 bokstavene c) og k) (ansettelse i henholdsvis psykisk helsevern og kriminalomsorgen) og bokstavene o) og p) (stillinger som innebærer å yte tjenester til mindreårige eller et tillits- og ansvarsforhold overfor mindreårige).

Forskriftens bestemmelser er uttømmende. Arbeidsgiver kan ikke kreve politiattest uten at hjemmel følger her eller av særlovgivningen, og politiattest skal ikke bli utstedt uten at slik hjemmel foreligger. Illustrerende er Strafferegistreringssaken.¹⁰² I forbindelse med ansettelse av avdelingsleder ved en domstol hadde Justisdepartementet, etter forespørsel fra embetsleder E, innhentet og formidlet til ham opplysninger fra strafferegisteret om en av søkerne, A. Bakgrunnen var at E hadde fått mistanke mot A. A krevde oppreisning fra staten. Høyesterett fant at opplysningene var innhentet uten hjemmel, og at innhenting var ulovlig.¹⁰³ Oppreisning ble imidlertid ikke tilkjent, da retten ikke fant at det forelå en ærekrenkelse jfr. straffeloven § 249 nr. 2, og følgelig ikke grunnlag for erstatning etter skadeserstatningsloven § 3-6. A krevde subsidiært erstatning etter skadeserstatningsloven § 3-5 da han hevdet at saken hadde påført ham psykisk skade. Heller ikke det førte fram.¹⁰⁴

¹⁰¹ Lov 11.juni 1971 nr. 52.

¹⁰² Rt-2001-428.

¹⁰³ Dommen s. 442.

¹⁰⁴ Dommen s. 444.

Om arbeidsgiver har hjemmel til å kreve politiattest, så har han også en plikt til å gjøre det. Når det kreves politiattest, er det for å unngå å ansette folk som er uskikket til jobben. Et eksempel er barnehageloven § 19.¹⁰⁵ Bestemmelsen krever at den som skal jobbe i barnehage må legge frem politiattest som godtgjør at vedkommende ikke er siktet, dømt eller tiltalt for seksuelle overgrep mot barn. Er en søker dømt for slike forhold, er vedkommende utelukket fra å jobbe i barnehager. Det samme gjelder for andre yrker som krever politiattest; oppfyller ikke søkeren kravet til en plettfriandel på de aktuelle områdene, kan ikke vedkommende få jobben.

Det er ikke alle straffbare forhold som fremgår av en politiattest, men kun de forhold som er relevante for stillingen. Barnehageloven § 19 et godt eksempel, da bare forhold knyttet til seksuelle overgrep mot barn vil stå i attesten. Det vil heller ikke fremgå av en politiattest om arbeidssøker er blitt frikjent i en straffesak. Et sentralt spørsmål er derfor om arbeidsgiver har rettslig adgang til å innhente opplysninger om straffbare forhold på andre måter enn gjennom politiattest.

En alternativ innhentingsmåte er egenerklæring omandel. Arbeidssøker blir da bedt om å erklære at rullebladet er rent og eventuelt opplyse om hva som gjør at rullebladet ikke er rent.

Innhenting av egenerklæring omandel vil være behandling av sensitive personopplysninger, jfr. personopplysningsloven § 2 nr. 2 og 8 bokstav b). Bruk av slik egenerklæring vil neppe kunne hjemles i interesseavveiningen i popplyl. § 8 bokstav f), og tilfredsstiller ikke noen av vilkårene i § 9 bokstav b) – h). Forarbeidene til strafferegistreringsloven slår videre fast at de situasjoner hvor vandelsattest kan kreves skal være uttømmende regulert i loven og forskriften. Det kan følgelig ikke konstrueres ordninger som omgår disse bestemmelsene.¹⁰⁶ Bruk av slik egenerklæring vil i praksis

¹⁰⁵ Lov 17. juni 2005 nr. 64.

¹⁰⁶ NOU 2003:21 pkt. 15.6.

innebære en omgåelse av hjemmelskravet. Arbeidsgiver kan etter dette ikke kreve egenerklæring omandel fra arbeidssøkere.

Noe annet er det om arbeidssøker samtykker, jfr. §§ 8 første alternativ og 9 bokstav a). Dersom det kan godtgjøres at samtykket er ”frivillig, uttrykkelig og informert”, jfr. § 2 nr. 7, vil det nok være opp til arbeidssøker selv om vedkommende ønsker å gi egenerklæring omandel. Datatilsynet synes å legge seg på samme linje når de skriver at slike egenerklæringer vil være en omgåelse av kravet til hjemmel, og at arbeidssøker derfor ”ikke [er] forpliktet til å gi fra seg denne typen opplysninger til arbeidsgiveren.”¹⁰⁷ Dette indikerer at arbeidssøker kan gi fra seg informasjonen om vedkommende ønsker det, men har ingen forpliktelse til det.

Det kan diskuteres hvorvidt Datatilsynets ”spørsmål og svar” er noen rettskilde, og hvilken vekt de har. Som forvaltningsorgan har tilsynet en informasjonsplikt overfor borgerne, og det er den de bruker når de uttaler seg på sine nettsider. Svarene bygger på en tolkning av personopplysningsloven, og vil være et uttrykk for den rettsoppfatning som tilsynet har. Tilsynets ”spørsmål og svar” er derfor en rettskilde på lik linje med annen juridisk teori. Som teori er tilsynets svar interessante, men veier ikke tyngre enn annen teori. Rettskildevekten vil som utgangspunkt ikke være særlig stor, men vekten må ses opp mot hvilke andre kilder som finnes om temaet. Spørsmålet om lovligheten av egenerklæring omandel er ikke behandlet i annen kjent juridisk teori. Forarbeidene til strafferegistreringsloven sier heller ikke noe direkte om det, og rettspraksis har ikke hatt kjente saker om temaet. Tilsynets ”spørsmål og svar” vil i mangel av andre rettskilder derfor ha relativt stor vekt.

¹⁰⁷ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktøy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

En annen innhentingsmåte er å spørre arbeidssøker direkte om straffbare forhold på intervju, eller at arbeidsgiver innhenter opplysningene på egen hånd, eksempelvis gjennom internett eller byråer.

Adgangen vil avhenge av om noen av vilkårene i personopplysningsloven §§ 8 og 9 er oppfylt. Samtykke vil være aktuelt for annen innhenting, men kan ikke være hjemmel for spørsmålsstillingen, da det er selve spørsmålsstillingen som utgjør behandlingen. Aktuell hjemmel i § 8 er bokstav f). Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidsgiver har en berettiget interesse i å få slike opplysninger som overstiger søkers rett til personvern. Et eksempel er stilling som banksjef eller annen stilling som innebærer håndtering av store pengesummer. Arbeidsgiver vil da ha en berettiget interesse i å vite om vedkommende tidligere har vært innblandet i økonomisk kriminalitet.

Paragraf 9 bokstav f) tillater behandling av sensitive personopplysninger når det “er nødvendig for at den behandlingsansvarlige kan gjennomføre sine arbeidsrettslige plikter eller rettigheter.” Det kan tenkes at arbeidsgiver for eksempel har en rett til å beskytte seg mot svindel fra sine ansatte. Uttrykket ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” omfatter imidlertid ifølge forarbeidene “plikter og rettigheter som hviler på et arbeidsrettslig grunnlag”, hvor grunnlaget kan være “lovgivning, avtale mellom partene i arbeidslivet, eller individuelle arbeidsavtaler.”¹⁰⁸ Det er vanskelig å se at en slik arbeidsrettslig rettighet kan gi grunnlag for å spørre om straffbare forhold. Paragraf 9 bokstav f) kan imidlertid fungere som hjemmel for å innhente politiattest ved siden av hjemmelen i spesiallovgivningen. Arbeidsgiver vil som nevnt ha en arbeidsrettslig plikt til å innhente politiattest i slike tilfeller.

Når egenerklæring omandel anses som en omgåelse av kravet til hjemmel for å få politiattest, så bør etter mitt skjønn også det å få opplysningene gjennom å spørre på vanlig måte ses som en omgåelse. Arbeidsgiver kan få flere opplysninger om straffbare forhold

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 110-111.

ved å spørre enn gjennom en politiattest, da ikke alle straffbare forhold fremgår av en politiattest.

Det foreligger ikke rettspraksis som direkte går inn på dette spørsmålet. I Strafferegistreringssaken ble A stilt et direkte spørsmål om tidligere straffbare forhold i en telefonsamtale med E. A nektet å svare på spørsmålet, og forklarte i retten at han ikke anså seg forpliktet til å svare på slike spørsmål.¹⁰⁹ Høyesterett kommenterte ikke dette nærmere.

En annen sak hvor problemstillingen kunne ha realisert seg er Fetteren-dommen nevnt under punkt 3.1. Heller ikke i denne saken kommenterte retten om banken hadde vært berettiget til å spørre A om straffbare forhold.

I mangel av klare rettskilder som gir arbeidsgiver rett til å spørre arbeidstaker om straffbare forhold, må personopplysningslovens regler legges til grunn. Arbeidsgiver har ikke hjemmel til å spørre om slike forhold, da ingen av alternativene i § 9 er anvendelige. Heller ikke om det foreligger hjemmel for å innhente politiattest, kan arbeidsgiver spørre generelt om straffbare forhold. Paragraf 9 bokstav b) gir riktignok hjemmel hvor det er fastsatt i lov at opplysningene kan behandles. Lovhjemlene for politiattest sier imidlertid ingenting om å stille spørsmål om slike forhold. Som nevnt ovenfor kan en få helt andre opplysninger ved å spørre.

Reglene om politiattest er ment å gi arbeidsgiver en mulighet til å beskytte seg mot kriminelle forhold, både i forhold til seg selv og andre som står i nær tilknytning til bedriften. Er det ikke hjemmel for å innhente politiattest, må arbeidsgiver beskytte seg mot kriminalitet på andre måter. Straffbare forhold som lovgiver ikke har ansett som relevante for stillingen, har ikke arbeidsgiver noen rettslig adgang til å få opplysninger om.

¹⁰⁹ Dommen s. 429.

3.7 Økonomiske forhold

Innhenting av kredittopplysninger er regulert i personopplysningsforskriften. Kapittel 4 regulerer såkalt kredittopplysningsvirksomhet, og hvem som kan få utlevert opplysninger fra slike.

I motsetning til bestemmelsene omtalt i punktene ovenfor, er det ikke arbeidsgiver som er pliktsubjekt i personopplysningsforskriften. Det er kredittopplysningsvirksomheten som er ansvarlig for å følge reglene, og det er de som eventuelt kan straffes for overtredelse av reglene.¹¹⁰ Hver gang arbeidsgiver bestiller kredittopplysninger om noen, typisk via online-tilgang på internett, blir det imidlertid sendt en gjenpart til den som sjekkes.¹¹¹ Det er derfor lite tenkelig at arbeidsgivere vil foreta kredittsjekker uten at det er hjemmel for det, selv om pliktsubjektet er en annen virksomhet.

Kredittopplysninger skal kun gis dersom vedkommende har saklig behov for dem, jfr. § 4-3 første ledd. I arbeidsgivers situasjon vil det være et saklig behov for kredittopplysninger om arbeidssøker hvor den aktuelle stillingen innebærer myndighet til å håndtere store verdier, for eksempel stilling som økonomidirektør.

Datatilsynet stiller opp tre kriterier for å kunne foreta kredittsjekk av en arbeidssøker.¹¹² Den aktuelle stillingen må ha en høyere funksjon, den må innebære et stort økonomisk ansvar, og arbeidssøker må være kommet til sluttfasen av ansettelsesprosessen. Det vil følgelig ikke være saklig å foreta kredittsjekk av alle søkere til stillingen. Datatilsynets ”spørsmål og svar” er som drøftet under punkt 3.6 ikke en tung rettskilde. Deres svar er likevel greie retningslinjer å følge for arbeidsgivere i praksis.

¹¹⁰ Poppf. § 10-3.

¹¹¹ Poppf. § 4-4.

¹¹² Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktøy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

Adgangen til annen innhenting av opplysninger om økonomiske forhold avhenger av de generelle reglene i personopplysningsloven. Opplysninger om økonomiske forhold er som hovedregel ikke sensitive personopplysninger, med mindre de sier noe om økonomisk kriminalitet, jfr. popplyl. § 2 nr. 8 bokstav b). Avgjørende blir om innhenting av slike opplysninger tilfredsstillende noen av vilkårene i § 8.

For annen innhenting enn direkte spørsmålsstilling, kan samtykke fra arbeidssøker brukes som hjemmel.¹¹³ Ellers vil adgangen avhenge av om arbeidsgivers berettigede interesse av opplysningene overstiger hensynet til arbeidssøkers personvern, jfr. § 8 bokstav f). Hvor saklighetskravet etter personopplysningsforskriften ikke er oppfylt, er det vanskelig å se at arbeidsgiver kan ha en tilstrekkelig berettiget interesse av opplysningene.

¹¹³ Popplyl. § 8 første alternativ, jfr. § 2 nr. 7.

3.8 Nedsatt funksjonsevne

Enkelte forhold er vernet mot diskriminering, men har ikke bestemmelser som direkte forbyr innhenting av opplysninger. Et slikt forhold er nedsatt funksjonsevne, som reguleres av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det ikke er anledning til å behandle en person dårligere på grunn av nedsatt funksjonsevne eller tilknytning til en annen person med nedsatt funksjonsevne, se § 4. Loven har imidlertid ingen egen bestemmelse som forbyr innhenting av opplysninger om slike forhold. Visse forhold som omfattes av loven går inn under forbudene mot å innhente helseopplysninger og å foreta medisinske undersøkelser i arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4, men ikke alle.

Personopplysningsloven legger begrensninger på arbeidsgivers adgang til å innhente slike opplysninger. Arbeidsgiver vil som regel ikke ha en tilstrekkelig berettiget interesse i å innhente opplysninger om slike forhold, jfr. § 8 bokstav f). Det kan tenkes i tilfeller som nevnt i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd annet punktum; hvor behovet for informasjonen blant annet er saklig, og en viss funksjonsevne er ”nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.” Som hovedregel vil imidlertid ikke arbeidsgiver ha et berettiget behov for slike opplysninger.

3.9 Psykologiske tester

Bruk av psykologiske tester i ansettelsesprosesser er blitt et utbredt fenomen i norsk arbeidsliv. Testing brukes hyppigere jo høyere stillinger det er snakk om, men er ikke lenger forbeholdt potensielle toppledere.

Arbeidsgivere gjør bruk av ulike psykologiske tester. De vanligste er personlighetstester og evne- og ferdighetstester. Arbeidsgiver ønsker gjennom testene å kartlegge hvorvidt en søker passer inn i stillingen, både sosialt og faglig.

Breisteinsutvalget avgrenset ”medisinske undersøkelser” mot ”såkalte ’personlighetstester’ uten medisinsk forankring.”¹¹⁴ Personlighetstester omfattes følgelig ikke av arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 9-4, og det gjør neppe øvrige psykologiske tester heller. Psykologiske tester er ikke særskilt regulert på annen måte. Dette til tross for at resultatet av testene blir personopplysninger, og at testene i seg selv ofte beveger seg langt inn mot arbeidssøkers privatsfære. Etske problemstillinger gjør seg også gjeldende, da feiltesting kan ramme arbeidssøkers selvfølelse sterkt og kunne føre til valg av feil person for stillingen.

Psykologiske tester vil som oftest utføres ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, og slik komme inn under personopplysningsloven, jfr. § 3 bokstav a). Det aktuelle hjemmelsgrunnlag er samtykke fra arbeidssøker, jfr. § 8 første alternativ.

Datatilsynet har ikke tatt uttrykkelig stilling til bruken av psykologisk testing av arbeidssøkere, men nevner at det som hovedregel kun er nødvendig å gjennomføre personlighetstester av de mest aktuelle kandidatene til en stilling.¹¹⁵ Dette samsvarer med saklighetskravet i personopplysningsloven § 11 bokstav b), jfr. også bokstav e). Jakhelln

¹¹⁴ NOU 2001:4 pkt. 3.2.2.

¹¹⁵ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktøy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

argumenterer også for saklighetsbegrensninger på bruk av personlighetstester ut fra personvern hensyn.¹¹⁶

ILO har kommet med anbefalinger til regulering av psykologiske tester i en egen rekommandasjon.¹¹⁷ Disse er nettopp anbefalinger til medlemsstatene, og er ikke rettslig bindende, se rekommandasjonens punkt 2. I punkt 6.10 nedlegges det forbud mot bruk av "[p]olygraphs, truth-verification equipment or any other similar testing." Dette er tester som er lite utbredt i norske ansettelsesprosesser, om i det hele tatt. Slike tester vil ofte skje ved hjelp av elektroniske hjelpemidler, jfr. personopplysningsloven § 3 bokstav a). Adgangen til å gjennomføre dem vil avhenge av om arbeidssøker samtykker i samsvar med personopplysningsloven § 2 nr. 7, jfr. § 8 første alternativ. Ellers vil det ikke finnes hjemmel. Bruk av slike tester er svært krenkende, og arbeidssøker vil antagelig være beskyttet mot dem gjennom det ulovfestede personvernet, uavhengig av personopplysningslovens regler. Kvaliteten på slike testresultater er også svært omstridt.

Personlighetstester og lignende reguleres i punkt 6.11. Det legges ikke ned forbud mot slik testing, men bruken av dem må være i samsvar med rekommandasjonens øvrige bestemmelser. Det innebærer blant annet at testen eller testresultatene må være relevant for stillingen, se kapittel 5, "General principles", punkt 5.1.

Adgangen til psykologisk testing i norsk rett bygger på samtykke fra arbeidssøker. Det kan spørres om dette innebærer at arbeidssøker ikke har noen reell mulighet til å motsette seg slike tester. Et samtykke etter personopplysningsloven skal være "frivillig", jfr. § 2 nr. 7. Testingen stiller imidlertid arbeidssøker i en vanskelig pressituasjon, da det å nekte å gjennomføre testen kan være ensbetydende med å takke nei til stillingen. Et samtykke kan da bli illusorisk. Ytterligere regulering er foreslått i EU-kommisjonens forslag til nye

¹¹⁶ Jakhelln 2006 s. 214.

¹¹⁷ ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997

personvernregler. Samtykke vil her ikke være tilstrekkelig hjemmel for behandling av personopplysninger hvor den registrerte ikke har en genuin og fri valgmulighet.¹¹⁸

På den bakgrunn kan det argumenteres for egen lovregulering av slik testing, i samsvar med rekommandasjonens punkt 6.11. Slik lovregulering ville måtte innebære at arbeidsgiver ikke kunne tillegge motsetning av testing avgjørende vekt.

Et nordisk land som har vedtatt lovregulering i samsvar med ILO-rekommandasjonen er Finland, med ”Lag om integritetsskydd i arbetslivet.”¹¹⁹ Lovens formål er å beskytte den personlige integritet i arbeidslivet, se § 1, og den gjelder også for arbeidssøkere i den grad den passer, se § 2 annet ledd. Personlighetstester reguleres i § 13. Utgangspunktet er at slike tester er rettmessige, men det forutsetter samtykke, se rekommandasjonens punkt 6.11.

Arbeidsgiver må videre sikre at pålitelige testmetoder benyttes, at testene utføres av sakkyndige, og at opplysningene som innhentes er så korrekte som mulig, jfr. § 13 første ledd. Arbeidssøker har krav på å få den informasjonen som gis til arbeidsgiver på bakgrunn av testresultatene, om dette blir etterspurt, jfr. annet ledd.

Tilsvarende lovgivning er foreslått i Sverige. I ”Förslag till lag (2010:00) om integritetsskydd i arbetslivet” fra 2009 foreslås personlighetstester regulert i § 13 som gir forbud mot integritetskrenkende kontrolltiltak generelt.¹²⁰ Det følger av lovforslaget § 2 nr. 1 at arbeidssøkere omfattes av loven.¹²¹ Lovforslaget er per i dag ikke vedtatt og har stått noe usikkert på grunn av regjeringsskifte. I ”Motion till riksdagen” fra 2011 oppfordres

¹¹⁸ COM(2012) 11 (allmän uppgiftsskyddsförordning), portalens avsnitt 33.

¹¹⁹ FINLEX 13.8.2004/759.

¹²⁰ SOU 2009:44 s. 24 og 40.

¹²¹ ibid. s. 37.

imidlertid regjeringen til å sende ut forslag til en slik lov.¹²² Her foreslår Vänsterpartiet at personlighetstester kun skal anvendes hvor det er av vesentlig betydning for stillingen og hvor testen gjennomføres av sakkyndig personell ved hjelp av pålitelige metoder.¹²³ En skal likevel kunne motsette seg testing.¹²⁴

Det har per i dag ikke vært oppe saker i norsk rettspraksis som tar for seg bruk av psykologisk testing. Som nevnt ovenfor risikerer arbeidssøkere som ønsker å motsette seg psykologiske tester at de utelukkes som aktuelle kandidater til stillingen. Det trenger likevel ikke være noen automatikk i det. Dersom arbeidssøker har gode argumenter, for eksempel på grunn av kvaliteten på testen, er det ikke sikkert vedkommende utelukkes fra prosessen. Det vil nok likevel som oftest være tilfelle.

På den annen side er det arbeidsgivers rett å bestemme behandlingsmåten ved ansettelser. Bruk av psykologiske tester er heller ikke utelukkende en negativ ting, tvert imot. Det gir arbeidsgiver en god indikator om hvordan vedkommende vil passe inn i jobben, og også arbeidssøker en viss forsikring om at han vil passe i stillingen og i arbeidsmiljøet.

En særskilt lovregulering av bruk av psykologiske tester er likevel å foretrekke. Personopplysningsloven er veldig generell. Den gir ingen regler om hvordan testene skal gjennomføres, og setter ikke krav til kvalitetssikring. En særskilt regulering som sikrer kvaliteten og gjennomføringen av testene ville vært det beste for begge parter.

¹²² 2011/12:A209, “Stärkt integritetsskydd i arbetslivet”.

¹²³ *ibid.* s. 7.

¹²⁴ *ibid.*

4 Rekrutteringsbyråer

Store deler av ansettelsesprosessen håndteres i dag av andre enn arbeidsgiver. Bruk av rekrutteringsbyråer og head-huntere er utbredt, særlig for toppjobber, men også for underordnede stillinger. Bruk av eksterne aktører er tidsbesparende, og gir arbeidsgiver tilgang til rekrutteringsbyråets nettverk og kompetanse.

Rekrutteringsbyråer kan ha to ulike roller i en ansettelsesprosess. De kan for det første opptre på vegne av en bestemt arbeidsgiver, det har for eksempel fått i oppdrag å finne ny personalsjef. Rekrutteringsbyrået utlyser da stillingen på vegne av arbeidsgiver, og tar seg i grove trekk selv av hele rekrutteringsprosessen. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller være ”behandlingsansvarlig” etter personopplysningsloven, jfr. § 2 nr. 4, mens rekrutteringsbyrået er databehandler, jfr. § 2 nr. 5; den som behandler opplysningene på vegne av arbeidsgiver. I praksis vil det foreligge en databehandleravtale mellom arbeidsgiver og byrået etter § 15.

Når rekrutteringsbyrået handler på vegne av arbeidsgiver som databehandler, vil de være direkte underlagt reglene i personopplysningsloven. Rekrutteringsbyråer vil i slike situasjoner heller ikke kunne be om eller på annen måte innhente opplysninger som arbeidsgiver selv er avskåret fra å innhente. Dette følger av de ulike lovbestemmelsene som forbyr iverksetting av tiltak for å innhente opplysninger ”på annen måte”, eksempelvis arbeidsmiljøloven § 9-3. Det ville under alle omstendigheter representere klare omgåelser av reglene.

En annen rolle er hvor rekrutteringsbyrået knytter til seg aktuelle jobbsøkere, uten at de har fått noe oppdrag fra en bestemt arbeidsgiver. Det kan skje ved at søkere registrerer seg i byråets CV-base på internett, eller ved såkalt head-hunting, hvor potensielle kandidater aktivt søkes opp. Kandidater kan bli funnet gjennom anbefalinger, egne søknader på internett, artikler i media, utdanningsinstitusjoners studentlister mv. Kandidatene blir lagret i byråets database, slik at om de senere får et rekrutteringsoppdrag fra en arbeidsgiver, så kan de søke i sin egen database etter aktuelle kandidater. I slike tilfeller er det

rekrutteringsbyrået som er ”behandlingsansvarlig”, og ikke arbeidsgiver. Når rekrutteringsbyrået leverer ut personopplysninger om aktuelle kandidater til arbeidsgiver, blir arbeidsgiver ny ”behandlingsansvarlig”, og utleveringen krever derfor hjemmel. Det vanligste her er samtykke fra søkeren, jfr. popplyl. § 8. Når arbeidssøkere registrerer seg i CV-baser på nettet, er det som regel nødvendig å gi samtykke til dette for å kunne lagre sin CV. Ved headhunting blir det nødvendig å kontakte den aktuelle kandidaten for å innhente samtykke.

Når byråer samler inn personopplysninger fra andre enn kandidaten selv, må byrået informere vedkommende om hvilke opplysninger som innsamles, jfr. popplyl. § 20. Byrået må også gi informasjon som nevnt i § 19 (hvorfor opplysningene samles inn, om de vil bli utlevert til noen osv.) når opplysningene er innhentet, jfr. § 20. Etter første ledd annet punktum kan den behandlingsansvarlige imidlertid vente med å varsle dersom formålet med innsamlingen er å gi opplysningene videre til andre. Varslingen trenger da ikke skje før opplysningene er levert videre. Dette vil antagelig være situasjonen når et rekrutteringsbyrå samler inn opplysninger for så å gi dem til en potensiell arbeidsgiver. En forutsetning er antakelig at overlevering til arbeidsgiver er det eneste formålet med innsamlingen. Dersom opplysningene leveres til en arbeidsgiver, men også lagres i byråets datasystem over aktuelle kandidater, må det antagelig varsles allerede når opplysningene er innhentet. Det må nok også varsles hver gang opplysningene utleveres til en ny arbeidsgiver, om det er eneste formålet.

Søkere og andre kandidater har som utgangspunkt rett til innsyn i de personopplysninger som rekrutteringsbyråer har lagret om dem, jfr. popplyl. § 18. Dette gjelder følgelig også overfor arbeidsgivere, men det er ikke like vanlig at arbeidsgivere har lagret personopplysninger om arbeidssøkere som ikke når opp. Innsynsrett forutsetter imidlertid at arbeidssøker selv ber om det, og således at arbeidssøker har grunn til å tro at det er lagret personopplysninger om ham. Dette forutsetter at rekrutteringsbyråene opprettholder sin informasjonsplikt etter § 20.

Hvor rekrutteringsbyråer innhenter opplysninger om kandidater i sistnevnte rolle, handler de ikke på vegne av en bestemt arbeidsgiver. Innhentingsforbudene i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven og diskrimineringsloven vil da ikke gjelde direkte. Bestemmelsene retter seg mot arbeidsgiver som pliktsubjekt. Arbeidsgivere tar først kontakt med rekrutteringsbyråene etter at opplysninger er innhentet, og det kan derfor ikke regnes som ”tiltak” arbeidsgiver iverksetter for å innhente opplysninger ”på annen måte.”¹²⁵ Spørsmålet blir om reglene må anvendes analogisk på rekrutteringsbyråer.

Problemstillingen drøftes ikke i forarbeidene til noen av bestemmelsene. Det finnes ikke eksempler på saker fra rettspraksis. Datatilsynet legger til grunn at rekrutteringsbyråer ikke kan innhente og behandle andre opplysninger enn arbeidsgiver, med den begrunnelse at de ikke har saklig behov for andre opplysninger enn det arbeidsgiver har.¹²⁶ Rettskildevekten til tilsynets uttalelser er nok generelt ikke veldig stor, men i mangel av andre kilder vil tilsynets vurderinger få større betydning.¹²⁷

Når arbeidsgiver først tar kontakt med et rekrutteringsbyrå, og byrået utleverer personopplysninger om kandidater, vil det være innhenting av opplysninger fra arbeidsgivers side. Arbeidsgiver vil da ikke ha adgang til å kreve opplysninger om for eksempel fagforeningstilhørighet, se arbeidsmiljøloven § 13-4. Og selv om arbeidsgiver ikke etterspør opplysningene, vil arbeidsgiver uansett ikke kunne vektlegge dem dersom byrået utleverer opplysningene.

Formålet bak formuleringen som er felles for de aktuelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovene, ”Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte”, har åpenbart vært å fange opp mulige omgåelser av forbudene. At problemstillingen ikke er drøftet i forarbeidene skyldes

¹²⁵ Se eksempelvis aml. § 13-4 første ledd annet punktum.

¹²⁶ Datatilsynets nettsider, spørsmål og svar, <http://datatilsynet.no/verktøy-skjema/Sporsmal-Svar/?tema=7>

¹²⁷ Dette er drøftet nærmere i punkt 3.6.

sannsynligvis at lovgiver ikke har tenkt på problemstillingen, og ikke et bevisst ønske om å skape en frihavn for rekrutteringsbyråer. Dersom rekrutteringsbyråer skulle gis adgang til å innhente opplysninger om for eksempel fagforeningstilhørighet, kunne det medføre at byrået bevisst ikke anbefalte kandidater som var organiserte til arbeidsgivere de visste hadde slike preferanser. Det kan på den bakgrunn anføres at rekrutteringsbyråer ikke kan innhente slike opplysninger på et tidligere stadium.

Det kan også nevnes at likestillingsloven og diskrimineringsloven har egne bestemmelser som forbyr medvirkning til brudd på bestemmelsene, jfr. lstl. § 3 åttende ledd og dskrl. § 4 femte ledd. Dersom rekrutteringsbyråer hadde innhentet opplysninger som nevnt i lstl. § 4 tredje ledd og dskrl. § 7 og utlevert disse til arbeidsgivere, ville det kunne rammes av medvirkningsreglene.

På den annen side er det ikke alle opplysninger et rekrutteringsbyrå sitter inne med som blir utlevert til arbeidsgiver. Rekrutteringsbyråer skaper seg et helhetsbilde av de ulike kandidatene som ofte er langt mer omfattende enn det de videreformidler til sine kunder. Og hvor rekrutteringsbyråer ikke videreformidler opplysninger om for eksempel fagforeningstilhørighet, er det ikke like nærliggende å karakterisere innhentingene som en omgåelse av lovforbudet.

Retningen går mot en profesjonalisering av rekrutteringsprosessen, med utstrakt bruk av rekrutteringsbyråer. Det foregår en omfattende kartlegging av potensielle kandidater hos disse selskapene. Slike selskaper vil etter hvert sitte inne med svært mye informasjon om mange av oss, uten at vi er klar over det. På den bakgrunn kan det argumenteres for en egen regulering av rekrutteringsbyråers virksomhet.

Rekrutteringsbyråer må imidlertid forholde seg til personopplysningsloven i sin virksomhet. For sensitive personopplysninger, innebærer det at behandlingen må tilfredsstille et av vilkårene i § 9 (og § 8) for at selskapene skal kunne innhente slike opplysninger. Det er også lite trolig at rekrutteringsbyråer vil få konsesjon for å behandle

slike opplysninger, se § 33. Problemet er etter dette ikke manglende lovregulering av rekrutteringsbyråers virksomhet, men hvorvidt reglene faktisk overholdes. Dette er det Datatilsynets ansvar å ha kontroll på, ikke lovgivers.

5 Sammenfatning

Reglene rundt arbeidssøkers personvern er ”rammet inn” av personopplysningsloven. Loven gir generelle regler for behandling av personopplysninger, dermed også arbeidssøkeres personopplysninger. Hovedelementene er at arbeidsgiver kan innhente personopplysninger om arbeidssøker dersom arbeidssøker samtykker, dersom det er hjemmel for det i lov, eller dersom arbeidsgiver har en tilstrekkelig berettiget interesse i opplysningene, jfr. § 8.

Det finnes videre mer spesifikke regler om hva arbeidsgiver kan spørre om og kreve av arbeidssøker. Noen av disse reglene er mer eller mindre uttømmende, noe reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 9 og 13 er gode eksempler på. Andre lar deler av området være uregulert, noe reglene om politiattest og straffbare forhold er eksempler på. I slike tilfeller vil personopplysningslovens regler være avgjørende.

I tillegg til reglene i personopplysningsloven og annen lovgivning, må offentlige arbeidsgivere forholde seg til et saklighetskrav i ansettelsesprosessen. Private arbeidsgivere har imidlertid full frihet i rekrutteringsprosessen hvor ikke lov eller forskrift gir begrensninger. Rettspraksis har ikke avgrenset private arbeidsgiveres handlingsfrihet overfor arbeidssøkere, og det finnes heller ikke klare avgrensninger i øvrige viktige rettskilder. Hvorvidt det ulovfestede personvernet eller andre prinsipper avgrenser styringsretten overfor arbeidssøkere er ennå ikke behandlet i rettspraksis, og status er per i dag usikker.

6 Rettspolitisk vurdering

Reglene rundt arbeidssøkers personvern fremstår som fragmenterte og til dels uklare. Personopplysningsloven er svært generell og har en komplisert utforming, noe som gjør den lite tilgjengelig. Forbudene som er plassert rundt i andre lover og forskrifter byr også på tolkningsutfordringer. Et generelt saklighetskrav er det ikke hjemmel for i privat sektor.

Uklarheten rundt arbeidssøkeres personvern er ikke blitt oppklart gjennom rettspraksis eller annen praksis. Mangelen på rettspraksis kan skyldes at arbeidssøkere ikke føler de har noe å tjene på en rettsak. En arbeidstaker som går til sak på grunn av usaklig oppsigelse, kan få jobben tilbake og erstatning om han vinner. En arbeidssøker som mener at sitt personvern er krenket, har ikke de samme sanksjonene å se hen til. Det er muligheter for erstatning og oppreisning. Et økonomisk tap vil imidlertid sjelden kunne påvises. Gate Gourmet-dommen viser videre at det kun blir tale om symbolske beløp i oppreisning.

Bevissituasjonen er også utfordrende; situasjonen vil ofte bli ord mot ord. Det er videre vanskelig å bevise, og ofte vanskeligere å oppdage, at arbeidsgiver har innhentet forbudte opplysninger. Arbeidssøkere risikerer også omdømmetap dersom de kritiserer arbeidsgivers eller rekrutteringsbyråers fremgangsmåte.

Når disse momentene ses i sammenheng, er det forståelig at søksmål er et lite fristende alternativ for arbeidssøkere. Det er på denne bakgrunn stor grunn til å tro at det er nettopp i ansettelsesfasen at arbeidsgiver kan bruke sin styringsrett uten særlige rettslige hindringer.¹²⁸

Nærmere regulering av arbeidssøkeres rettigheter i en ansettelsesprosess er nødvendig. Problemet er ikke innholdet av de reglene som finnes. De opplysninger som er særskilt

¹²⁸ Se Borchgrevink 2011 s. 94.

regulert i forhold til innhenting er om forhold som de fleste vil anse som private. Reguleringene gir uttrykk for at arbeidsgiver plikter å respektere arbeidssøkers personvern, og det samme gjør personopplysningslovens bestemmelser. Utfordringen ligger i utformingen av reglene. Med regler spredd i ulike lover, og personopplysningsloven som generell og komplisert utformet, er det vanskelig for arbeidssøkere å vite hvilke rettigheter de faktisk har. Det er også vanskelig for arbeidsgivere å se hvilke grenser de må forholde seg til.

En løsning kunne være å samle alle regler om arbeidssøkeres (og arbeidstakeres) personvern i en egen lov, eller i et samlet kapittel i arbeidsmiljøloven eller personopplysningsloven. ILO-rekommandasjonen "Protection of workers' personal data" kunne fungert som mal for en slik regulering. Dette ville vært en fordel for begge parter. Arbeidssøkere ville visst hvilke rettigheter de har i en ansettelsesprosess, og arbeidsgivere ville fått bedre informasjon om hvilke plikter de har og innholdet av disse. En slik regulering ville også klargjort rettstilstanden ytterligere for rekrutteringsbyråer som ikke handler direkte på vegne av arbeidsgivere.

Alt i alt ville alle relevante parter; arbeidssøkere, arbeidsgivere, og rekrutteringsbyråer, nyte godt av klarere regler på området.

7 Kilderegister

Litteratur

Borchgrevink 2011: Mette Borchgrevink, *Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern – en gjennomgang av norsk rettspraksis*, Senter for rettsinformatikk, Oslo 2011.

Evju 2003: Stein Evju, *Arbeidsrett og styringsrett- et perspektiv*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1 (2003) s. 3-32.

Jakhelln 2006: Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg. Oslo 2006.

Kjølaas 2010: Christian Kjølaas, *Personvern i arbeidsforhold*, Oslo 2010.

Van der Lagen 2008: Victoria Van der Lagen, *Rusmiddeltesting i arbeidsforhold - arbeidsgivers adgang og skranker*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 3 (2008) s. 1-59.

Offentlige dokumenter

Norske

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (dskrl)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml)

Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og tilgjengelighetsloven

NOU 2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet

NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU 2003:21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern - politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger

NOU 2009:1 Individ og integritet

NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Svenske

SOU 2009:44 Integritetsskydd i arbetslivet

Motion till riksdagen 2011/12:a209 Stärkt integritetsskydd i arbetslivet

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1896-530 (*Aarsdommen*)

Rt-1952-1217 (*To mistenkelige personer*)

Rt-1988-766 (*Fødselspermisjon-saken*)

Rt-2000-1602 (*Nøkkdommen*)

Rt-2001-248 (*Olderdalen Ambulanse*)

Rt-2001-428 (*Strafferegistreringssaken*)

Rt-2001-418 (*Kårstødommen*)

Rt-2011-1755 (*Gate Gourmet-dommen*)

HR-2012-1730-U (*anke tillatt fremmet, GPS-dommen*)

Lagmannsrettene

LH-2011-155315 (*GPS-dommen*)

Tingrettene

TOVRO-2009-100492 (*Gate Gourmet*)

TSTAV-2011-81051 (*Fetteren-dommen*)

TOSLO-2011-169817 (*CV-juks-saken*)

Andre avgjørelser

Personvernemndas avgjørelse 2005/1

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse 10.februar 2011, LDO 10/71

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse 23.mars 2011, LDO 10/2256

Lover

Norske

Lov av 22. mai 1902 nr. 10, almindelig borgerlig straffelov (*straffeloven*)

Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (*avtaleloven*)

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (*forvaltningsloven*)

Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (*skadeserstatningsloven*)

Lov av 11. juni 1971 nr. 52 om strafferegistrering (*strafferegistreringsloven*)

Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (opphevet).

Lov av 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (*lsth*)

Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (*tjenestemannsloven*)

Lov av 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (*ekteskapsloven*)

Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (*popplyl*)

Lov av 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (*dskrl*)

Lov av 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (*diskrimineringsombudsloven*)

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (*aml*)

Lov av 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (*barnehageloven*)

Lov av 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (*diskriminerings- og tilgjengelighetsloven*)

Lov av 27. juni 2008 nr. 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (*felles ekteskapslov for heterofile og homofile par*)

Finske

Lag av 13.august 2004/759 om integritetsskydd i arbetslivet

Forskrifter

Forskrift av 20.desember 1974 nr. 4 om strafferegistrering (*strafferegistreringsforskriften*)

Forskrift av 15.desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (*poppf*)

EF/EU-rettsakter og forslag

Europaparlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (*personverndirektivet*)

COM(2012) 11 (allmän uppgiftsskyddsförordning): Europeiska Kommissionen, Förslag till Europaparlamentets och Rådets Förordning om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter

Internasjonale konvensjoner

ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997

Nettsider

Rettsdata.no

Arbeidsrett.no

Datatilsynet.no

Europa.eu

Annet

Datatilsynets tilsynsrapport hos Rekruttering AS, 2012

Statens Personalhåndbok 2012

Brev fra LDO av 26.10.2012, referanse 12/2028-2-RLI